

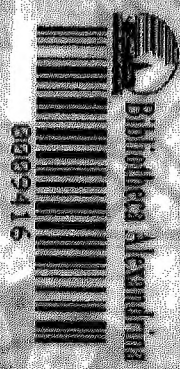
الإمام محمد بن إدريس الشافعي

الأخلاق الشخصية
١٢٧

الإمام محمد أبو زهرة

دار الفكر العربي

دار الفكر العربي



الإمام محمد بن هبة

الأحوال الشخصية

مكتبة الطبع والنشر
دار الفكر العربي

افتتاحية الطبعة الثانية :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى علم الإنسان ما لم يعلم ، والصلاة والسلام على النبي الأمي الذى علمه ربه وبعثه رحمة للعالمين .

وبعد : فهذا كتاب الأحوال الشخصية قد نفذت طبعته الأولى في زمن أقل مما قدرته لها ، واضطرت لإعادة طبعه قبل أن أعيد فيه النظر ، وأراجع ما سجلته ، عسى أن أغير أو أعدل ، فليس في عمل الإنسان شيء كامل ، لا يعرفه النقصان ، أو صالح لا يخالطه غيره .

فأقدم هذه الطبعة إلى أبنائي الطلبة وجمهرة العلماء ، وهي كالطبعة الأولى أو تكاد ، وأرجو أن أعيد النظر في الطبعة الثالثة . إن كان في العمر بقية وفي القدرة مواتاة ، وفي الزمان سعة ، وأضرع إلى المولى العلي القدير أن عدني بعونه وتوفيقه ، وأن يلهمني السداد في خدمة شريعته ، فهي الأمر الذي أحسنه ، وأرجو به المثوبة والمغفرة ، وأطلب به الصفح والمعلنة ، إنه هو الثواب الرحيم ، والرهوف الكريم ، وهو نعم المولى ونعم النصير .

٢ من شوال سنة ١٣٦٩

محمد أبو زهرة

٤ من أغسطس سنة ١٩٥٠

افتتاحية الطبعة الثالثة :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد الذى بعث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أما بعد : فهذه الطبعة الثالثة لكتاب الأحوال الشخصية . أقدمها لطلاب الفقه من غير زيادة كبيرة فى الكتاب ، وإن كان فيه بعض التوضيح الذى اقتضاه إلغاء المحاكم الشرعية ، وكنت قد وعدت أن أعيد النظر فى هذه الطبعة ، ولكننى وجدت أن بين يدى المكتب الفنى لرياسة الجمهورية مشروع قانون الأحوال الشخصية متكامل الأجزاء فيه تعديل جوهرى للمعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية ، وهو سير بالدراسة الفقهية إلى الأمام ، لأنه أخذ من المذاهب الإسلامية كلها متجنباً الشاذ ، متجهاً إلى المألوف الذى لا يعارض الكتاب والسنة ، وإنه لذلك يحتاج إلى فحص وعناية فى الدراسة ، ورد لمسائله إلى أصولها المذهبية ، ومقدار أثر العمل به فى العرف المصرى ، فإذا قدر له أن يأخذ شكله القانونى النهائى ، فإننا بعون الله نتولى دراسته الكاملة فى الطبعة القادمة مستعينين بالله تعالى مستلهمين منه التوفيق والعون ، ضارعين إليه تعالى أن يهدينا إلى أقوم سبيل لخدمة شرعه ودينه إنه سميع الدعاء .

١٣ من صفر سنة ١٣٧٧

محمد أبوزهرة

٨ من أغسطس سنة ١٩٥٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين .
(أما بعد) فهذا كتاب يبين أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية وآثاره ،
وثمراته ، فيه بيان لإنشائه وإنهائه ، وتنظيم العلاقة الرابطة بين الزوجين ،
وبيان ما لكلا طرفيه من حقوق ، وما عليه من واجبات . ثم فيه بيان الحقوق
الثابتة لثمرات الزواج ، وهى من يكون بين الزوجين من بنين وبنات ،
وقد قسمنا الكتاب إلى أربعة أقسام :

القسم الأول - فى إنشاء العقد ، وما يسبقه من مقدمات وما يقترن به
من شروط ، وما يشترط لتكوينه وصحته ونفاذه ولزومه .
والقسم الثانى - فى بيان أحكامه المستمرة بعد تمامه أى بيان آثاره من
حقوق لكلا الزوجين أو أحدهما .

القسم الثالث - فى إنهائه ، وطرائق ذلك الإنهاء ، واختلاف أحكامها
باختلافها ثم بيان الآثار التى تتركها عقدة الزواج بعد فسخها ، ومتى تزول
العلاقة الزوجية وكل آثارها .

والقسم الرابع - فى بيان حقوق الأولاد (وهم ثمرة الزواج) ، وعلى من
تجب هذه الحقوق وما مداها .

وقد عنت فى بحثى بدراسة القوانين الموضوعية التى جددت المعمول به
فى المحاكم الشرعية ، وبيان مصادرها الفقهية والبواعث التى دعت إليها
والنتائج التى أنتجتها ، والموازنة بينها وبين المعمول به قبلها ، فدرست
المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والمرسوم بقانون رقم ٥٦ لسنة
١٩٢٣ ، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولم تفتنى فى أثناء دراسة المذهب الحنفى فى الزواج أن أقابل بينه وبين
المذاهب الأخرى ، إن كان فى المقابلة تنبيه لناحية إصلاحية ، أو نظرية فقهية

- ٦ -

وبينت في هذه الدراسة الأدلة التي تعتمد عليها الأنظار المختلفة ، فإن الأدلة روح الفقه ، ودراستها رياضة للعقل وتربية له ، وتكوين للملكة الفقهية لدى طالب القانون ، ولقد كان البحث في كثير من الأحيان يصل بنا إلى بيان عدم صلاحية المعمول به في بعض المسائل ، ووجوب أن يستبدل به ما هو خير .

فلم يكن الكتاب بهذا تقريراً لما هو كائن في العمل فقط ، بل هو منير أيضاً لما ينبغي أن يكون . فهو مبين للحاضر ، ويضيء في كثير من أبوابه إلى المستقبل ، أو ما يجب أن يكون عليه ، وإن ذلك البيان في إبانته ، لأن المحام تكونت لوضع قانون مسطور شامل لكل مسائل الزواج وما يعمل به .

والكتاب بعد ذلك سهل العبارة قريب الفهم لمتناوله ، قد رجوت أن يكون في قدرة الطالب تحصيله ، وأن يجد فيه العالم الباحث فائدة يبتغيها أو ضالة كان ينشدها .

والله سبحانه وتعالى هو المستعان فأضرع إليه جللت قدرته أن يمدني بالعون والتوفيق ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

ذو القعدة سنة ١٣٦٨

سبتمبر سنة ١٩٤٨

محمد أبو زهرة

تمهيد

١ - منذ تولى الإمام أبو يوسف منصب القاضى الأول فى بغداد ، صار للمذهب أبى حنيفة المنزلة الأولى فى الحكومة الإسلامية ، لأن أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة وصفه - كان لا يولى القضاء فى الأقاليم الإسلامية الخاضعة لسلطان العباسيين ، إلا من كان من فقهاء العراق الذين اختاروا مذهب أبى حنيفة طريقاً لاستنباطهم ، أو اتبعوا ما وصل إليه من حلول فى المسائل التى يتنبأ بها الناس ، وبذلك صار ذلك المذهب هو مذهب الدولة العباسية ، يؤيده سلطانها ، وينفذ إلى الأقاليم عن طريقها ، وانتشر فى أقاصى البلاد حتى وصل إلى الصين ، وبقي هنالك إلى اليوم ، إذ أن مسلمى الصين جميعاً يتخذونه مذهباً لهم ، ولهذا شرق وغرب ذلك المذهب الجليل .

٢ - ولقد كانت مصر من الأقاليم الإسلامية التى كان مذهب أبى حنيفة هو مذهبها الرسمى ، وأول قاض حنفى تولى قضاءها هو إسماعيل بن اليسع الكندى. ولاه المهدي ، وكان يرى إبطال الأوقاف ، اتباعاً لأبى حنيفة ، ولم يكن ذلك سائغاً فى مصر ، ولذلك ثار كبير فقائها الليث بن سعد ، وذهب إلى ذلك القاضى ، وقال له : جئتكم غاصها لك ، فقال له : فى ماذا ؟ قال : فى إبطال أحباس المسلمين ، وقد حبس رسول الله ﷺ وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى ، والزبير ، فمن بعد ، ثم كتب للمهدي كتاباً جاء فيه : « إنك ولينا رجلاً يسنة لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا ، مع أنا ما علمناه فى الدينار والدرهم إلا خيراً » فعزله المهدي .

٣ - كان المذهب الحنفى ممكن السلطان بمقدار استمكان سلطان العباسيين فى مصر ، ولكن كان للمذهب الشافعى والمالكي سلطان فى الشعب ، لأن الشافعى أقام بمصر آخر حياته ، ودفن بها ، وكان للمالك تلاميذ كثيرون بمصر ، كمجد الرحمن بن القاسم ، وابن وهب ، وابن عبد الحكم وغيرهم كثير . وبسبب هذا كان فى عهد الدولة الطولونية والإخشيديّة قضاء من هذين المذهبين مع القاضى الحنفى ، وكانت رئاسة القضاء بين هؤلاء الثلاثة ، يتولاها الحنفى تارة والشافعى أخرى ، والمالكي ثالثة .

ولما تولى الفاطميون أمر مصر جعلوا المذهب الرسمي هو مذهب الشيعة الإسماعيلية ، وأغضوا عن انتشار المذهبين المالكي والشافعي ، وحاربوا المذهب الحنفي ، لأنه مذهب خصومهم العباسيين ، ولم يكن له في الشعب مكانة المذهبين الأولين ، فيغضوا عن محاربتة لإرضاء للشعب .

ولما قامت الدولة الأيوبية بعد الفاطمية ، مكنت للمذهب الشافعي ، والمذهب المالكي ، ولم تقم قائمة للمذهب الحنفي في أول أمرها ، حتى إذا ولى نور الدين الشهيد أمر الشام — وكان حنفياً — نشر المذهب في ربوعه ، ثم ذاع في مصر بين الشعب وإن كان في ذلك دون المذهبين السابقين .

ولقد كان يدرس بالمدارس التي أنشأها الأيوبيون ، ولما كثرت المدارس في آخر عهدهم ، ثم في عهد المماليك من بعدهم ، شملت الدراسة المذاهب لأربعة ولم تخص مذهباً بالدراسة دون غيره ، وتوج المماليك عهدهم بأن جعلوا قضاء من المذاهب الأربعة .

٤ — ومنذ حكم محمد على مصر ، اقتصر القضاء في آخر الأمر على المذهب الحنفي ، وصار له السلطان الأول في الدولة ابتداء .

ووقت أن كان القضاء يسير على أحكام الشريعة الإسلامية كان يقضى بهذا المذهب في كل الوقائع ، سواء أكان ذلك يتعلق بنظام الأسرة ، أم بنظام المدينة ، أم يتصل بمعاملات الناس بعضهم مع بعض .

ولقد تواردت بعد ذلك القوانين الأوربية على مصر ، وصار القضاء بها في المعاملات المالية ، وصارت هي مصدر الزواجر الاجتماعية ، وتنظيم الدواة في عامة شئونها ، ومنذ ذلك الحين اقتصر العمل بمذهب أبي حنيفة على شئون الأسرة ، سواء أكان في الزواج ، أم في توزيع الثروة بين أفرادها أو ما يقارب ذلك ، ولذلك صار العمل بالمذهب الحنفي في الزواج والولاية ، والهبات والوصايا والأوقاف والموارث .

٥ — ولكن تطبيق المذهب الحنفي وحده في مصر قد صحبه أمران ضجج بالشكوى منهما ذوو الفكر في مصر : أحدهما شكلي ، وثانيهما موضوعي .

فأما الشكلى فهو أن القضاة كانوا يعتمدون في أقضيتهم على قانون غير مسطور لم تدون مواده . ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة ، وترك للقضاة * أن يبحثوا عن أرجح الأقوال في المذهب ، وأرجح الأقوال منشور في بطون الكتب ، ولم يجمع المصنفون على أرجحية الكثير منها ، فقد يرجح مؤلف مالا يرجح آخر . وقد يختار للفتوى بعض المفتين مالا يختاره الآخر ، فكان لقضاة وسط يجرى من الفتاوى والتخريجات وأقوال مجتهدى المذهب ، وترجيحات متباينة .

وإذا كان القاضى المختص قد أوتي بمقتضى ثقافته قدرة على أن يعرف (وإن كان في غير يسر) الراجح في وسط شئت من الترجيحات ، فالرجل المثقف بغير ثقافة القاضى لا يستطيع معرفة ذلك ولا تعرفه ، ومن الخير للناس أن يكون عند المتعلمين قدرة على معرفة قوانينهم ، وخصوصاً قانون الأسرة المنظم للعلاقة بين أفرادها .

أما العيب الموضوعى فهو أن العمل بمذهب أبى حنيفة قد كشف عن مسائل ليس في الأخذ بها ما يتفق مع روح العصر ، وفي غيره من المذاهب ما يوافق روح العصر أكثر منه ، وليس في ذلك قبح لأبى حنيفة وأصحابه والمخرجين في مذهبه ، فإنهم مجتهدون متأثرون بأزمانهم وفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون أقيستها مستمدة من حكم العرف في كثير من الأحوال ، وإن الاجتهاد في هذه الحال رأى ، والرأى يخطئ ويصيب ، ورحم الله أبى حنيفة إذ أجاب أحد تلاميذه عندما سأله « هذا الذى تفتى به هو الحق الذى لاشك فيه » ؟ فقال « والله لا أدري ، فقد يكون الباطل الذى لاشك فيه »

٦ - هـدين العيين اتجه المصلحون وذوو الرأى وأولو الأمر إلى العمل على تسطير قانون للأسرة ، يستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة ، ويختار منها ، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما يكون أصلح للناس وأقرب إلى روح العصر .

وانتقل التفكير من ندوة العلماء والمفكرين إلى دواوين الدولة ، فألفت في أوائل سنة ١٩١٥ ، لذلك الغرض لجنة من كبار العلماء ، وكانوا ممثلين للمذاهب الأربعة .

وقد سارت تلك اللجنة في عملها الجليل الخطير يهديها نور الله ، وتكلوها
عنايته ، وأتمته وشيكاً ، ولكنها رأت من الحسن أن تعرضه على جمهرة
العلماء ، وذوى الفكر من الأمة ليمدوها بملاحظاتهم ، فنشرت المشروع
بين رجال القضاء والمحاماة وذوى العلم الذين مارسوا المسائل الفقهية والقانونية.
فجاءتها انتقادات ، ومقترحات وعصفت على عملها عواصف ممن تضيق
صدورهم بكل جديد وإن كان يستمد من القديم عناصر تكوينه ووحدات
تأليفه ، إذ يحسبون أن ما هم عليه وحده هو الدين ، والأخذ بالعروة الوثقى ،
ولقد صعب على اللجنة التوفيق بين عملها واعتراض هؤلاء المعترضين ،
وأحوال البلاد في ذلك الإبان ما كانت تسمح بالإقدام على عمل أثار اعتراضات
لبست لبوس الدين ، إذ الحرب العالمية الأولى كانت في أشد أدوارها ،
ولم تكن ثمة هيئة نيابية تشارك الحاكمين في تحمل التبعة .

٧ - لهذا نام مشروع اللجنة ، وطوى في سجلات وزارة العدل ،
حتى وابت الأحوال وسنحت فرصة ، فظهر جزء قليل منه مع تغير طفيف
في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وكان ذلك من عمل لجنة مؤلفة من حضرات
أصحاب الفضيلة شيخ الجامع الأزهر ، وشيخ المالكية ، ورئيس المحكمة العليا
الشرعية ، ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم من العلماء ،
وقد جاء تأليف اللجنة بهذا النص في ديباجة القانون ، فكان النص على ذلك
التأليف ، وذكر شيخ المالكية ونائبه إعلاماً بأن ذلك القانون مأخوذ من مذهب
مالك كله ، لأنه ذكر ذلك بالنسبة للمالكية وحدهم (١) .

وخلاصة ما جاء بذلك القانون :

(١) أنه قد اعتبر نفقة الزوجية ديناً من وقت الامتناع ، ولو لم يكن ثمة
قضاء أو تراض ، وكذلك نفقة العدة ، ولم يكن لذلك أمد ، ولكن
عدل ذلك من بعد ، وجعلت الدعوى في نفقة الزوجية لا تسمع
لأكثر من ثلاث سنوات سابقة على الطلب .

وأجاز لزوجة العاجز عن النفقة طلب الطلاق ، وتطلق عليه ،

(١) سنين تمام البيان أن كل أحكام هذا القانون في مذهب مالك وإن اختلف غيره معه في بعضها .

بعد التأجيل شهراً ، وكذلك زوجة الممتنع عن الإنفاق ، ولكن من غير تأجيل ، وذلك إذا لم يكن له مال ظاهر ، وأجاز مثل ذلك لزوجة الغائب إن لم يكن له أيضاً مال ظاهر ، وكل ذلك في قيود وحدود عينها ، سنينها في موضعها بعونه تعالى .

والطلاق في هذه الأحوال طلاق رجعي ، بحيث يكون للزوج حق الرجعة إذا زال داعي الطلاق في أثناء العدة ، ورغب في العودة إلى أهله .

(ب) وأعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت بزوجها عيباً مستحقاً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص ، سواء أكان ذلك بالزوج قبل العقد ، ولم تعلم به عند إنشائه ، أم حدث بعد العقد ولم ترص به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، لا يجوز طلب التفريق وإن طلبته لا يحكم لها ، واعتبر التفريق في هذه الحال طلاقاً بائناً ويستعان بأهل الخبرة في معرفة العيب ومداه من الضرر .

(ج) واعتبر ذلك القانون المفقود في حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنوات من وقت رفع الأمر إلى القاضي ، فأجاز للزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد تلك المدة ، ولها أن تزوج غيره بعد مضي المدة (١) وإذا عاد المفقود بعد زواجها كانت له إذا لم يدخل بها الثاني ، وإلا فهي للثاني ، على تفصيل ليس هنا موضعه

(د) ولم يستند الرجل من هذا القانون إلا شيئاً واهياً ، وهو سند الطريق على المطلقات ذوات الأقران حتى لا يكذبن وينكرن الحنص ، ويستمررن في استئثار النفقة ، وقد رأين الأقران أمهات مرات كثيرات ، وذلك لأن مذهب الحنفية يجعل القول قوياً في

(١) هذا هو ما نص عليه في المادة السابعة من ذلك القانون ، وقد ألغيت بالمادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قاعدة . . . في هذا المرسوم .

من غير قيد ولا شرط ، ولم يجعل لذلك أمداً محدوداً ، فجعل القانون أقصى الأمد ثلاث سنوات ، تبدىء ، لغير المرضع والمرضع التي تحيض من وقت الطلاق ، والمرضع التي لا ترى الحيض في أثناءه من نهاية الرضاع (١) والمدة تكون بثلاث سنين إذا لم تمر سنة بيضاء تذكر أنها لم تر الدم فيها فإن العدة تنتهى بها .

٨ - هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز ، لما جاء به ذلك القانون ، وكله من مذهب مالك رضى الله عنه ، وقد تلقاه الناس بارتياح ، فكان ذلك مشجعاً لدوى الرأى فى الدولة على السير خطوات واسعة فى سبيل تنقيح قانون الأسرة بتغذيته من المذاهب الأربعة ، وسائر الآراء فى الفقه الإسلامى .

وكان أول قانون صدر بعد ذلك هو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، وكان ذلك القانون فى مادتين اثنتين فقط ، ومضمونها أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ، وأنه لا تجوز مباشرة عقد زواج ، ولا المصادقة على زواج أسند إلى زمن ماض مالم تكن سن الزوجين هى هذه السن المحدودة .

وإن ذلك القانون وإن كان موجزاً فى مبنائه هو بعيد الأثر فى نتائجه ، وقد تلقاه الكثيرون بالنقد والتزييف ، وقامت مساجلات قلمية فيها صحب ولجب ، وفيها حجج وأدلة ، وهو لم يعتمد على رأى من آراء الأئمة أصحاب المذاهب ، بل على رأى لابن شبرمة ، وعثمان البنى ، وأبى بكر الأصم ، فقامت الضجة لذلك ، ولشك الكثيرين فى أن تطبيقه يؤدى إلى إصلاح وتهذيب ، أو على الأقل لم تكن ثمة حاجة إليه .

(١) كان هذا حكم المادة الثالثة ، عدلت تلك المادة بمرسوم بقانون صادر بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وجعلت أقصى المدة سنة واحدة بدل ثلاث سنوات ، وضمن ذلك القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وذلك التعديل لم يعتمد فيه على مذهب من المذاهب الأربعة بل على حق ولى الأمر فى تخصيص القضاء .

ولقد سارت سفينة القانون في ذلك البحر المحي من النقد العنيف ، ولكنها انتهت إلى بر السلامة والقرار ، وألفه الناس بعد أن استوحشوا منه زماناً ليس بالقصير .

٩ - ولقد كان إلف الناس له بعد نفورهم منه سبباً في أن وجدت دعوات إلى إصلاح آخر جرىء ، فألفت في أكتوبر سنة ١٩٢٦ لجنة مؤلفة من رجاله ذوى جرأة ، وجلهم من تلاميذ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده الذين تأثروا بدعواته ، فوضعت اقتراحات لم تكن مقيدة بالمذاهب الأربعة لا تعدوها ، بل تجاوزت ذلك النطاق إلى آراء فقهاء الإسلام عامة تقتبس منها ما تراه أنفع للأسرة ، بل تجاوزت ذلك ، وارتقت إلى الكتاب والسنة تستنبط منهما ، ولو ناقضت في ذلك ما قاله السابقون ، وبعض ما انتهت إليه مما كان الأستاذ الإمام يدعو إليه في دروسه ، أو على التحقيق كان يدعو إلى التفكير فيه .

وخلاصة ما تقدمت به هذه اللجنة هو :

(أ) أن تقيّد رغبة الرجل في تعدد الأزواج ، فاشتطت لزواج الرجل أخرى ، ألا يعقد الزواج أو يسجل إلا بإذن القاضي الشرعى ، ومنع القضاة من الإذن لغير القادر على القيام بحسن العشرة ، والإنفاق على أكثر يمين في عصمته ، ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه وغيرهم .

(ب) وأنه لا يقع طلاق المكره ، ولا السكران ، ولا الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على شيء أو المنع منه ، وأن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وأن كتابات الطلاق ، وهى ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، وأن كل طلاق رجمي إلا بالطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال « وما نص القانون على أنه بائن » .

(ج) وأنه إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً على الزوج ، فيه منفعة لها ، ولا ينافي مقاصد العقد ، كألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها إلى بلدة أخرى صح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط ولا يسقط حق الفسخ إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط .

(د) وأن الزوجة إذا ادعت إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة عادة بين أمثالها ، وطلبت التفريق طلقها القاضي طلاقاً بائناً ، إن ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما ، وإن لم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً ، وقضى بما يريانه ، وسن لها طريقاً يسلكانه ، على تفصيل في ذلك .

هـ) وأن لزوجة من غاب سنة فأكثر أن تطلب الطلاق بائناً ، ولوتركها مالا تستطيع الإنفاق منه ، وإن أمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضي أجلاً ، فإن لم يحضر للإقامة معها ، ولم ينقلها إليه ، فرق القاضي بينهما بطلاق بائنة ، وجعل ذلك أيضاً لزوجة المحكوم عليه بالحبس ثلاث سنوات فأكثر إذا مضت سنة من تاريخ حبسه .

وأن دعوى النسب لا تسمع إذا ثبت عدم تلاق الزوجين من حين العقد ، كما لا تسمع دعوى نسب ولد أتت به بعد سنة من خيبة الزوج إذا ثبت عدم التلاق بينهما في هذه المدة ، ولا تسمع أيضاً دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

(ز) وأن النفقة تقدر بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، مهما تكن حال الزوجة ، وأنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

(ح) وأن للقاضي أن يأذن بحضانة الصغير بعد سبع سنوات إلى تسع ، والصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة .

١٠ - هذه خلاصة ما اقترحتة اللجنة ، وبعضه اختيار لأحد قوانين

مصحيحين من مذهب الحنفية ، وبعضه من المذاهب الثلاثة ، وبعضه من أقوال ابن تيمية وابن القيم . وبعضه ابتدعت فيه اللجنة تبعاً لما أثاره الأستاذ الإمام محمد عبده رحمة الله تعالى عليه في دروسه .

وقد قامت ضجة شديدة حول هذا المشروع تجاوبت أصداؤها في دار النيابة ، وكان من آثارها أن نام المشروع في أضاير وزارة العدل إلى أن استيقظ في سنة ١٩٢٩ ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . واقتصر في هذا القانون على ما جاء بالمذاهب الأربعة ، ولم يتجاوزه ، فأخذ بالمقترحات السابقة مع بعض التعديل ، إذ كانت مستقاة من هذه المذاهب ، وترك ما لم يكن في هذا النطاق ، إلا في الطلاق بلفظ الثلاث ، والطلاق المعلق ، وأطرح فكرة منع تعدد الزوجات ، وما من شأنه أن يؤدي إليها ، كما أطرح الإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة ، لأن ذلك قد يؤدي إلى العبث بالحياة الزوجية .

١١ - ولم يقف الأمر عند هذا الحد لأن النفوس متطلعة إلى الإصلاح والسير في طريقه إلى أقصى مداه . ففي سنة ١٩٣٦ التمت وزارة العدل تأليف لجنة من كبار العلماء لوضع قانون شامل لأحكام الأسرة ، سواء أكانت تتعلق بالعلاقات بين آحادها أم بالتنظيم المالي لثروتها ، ووافق مجلس الوزراء على تكوين هذه اللجنة في ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ .

سارت اللجنة في عملها وابتدأت بالتنظيم المالي للأسر وأرجأت الزواج وما يتصل به ، لسبق الإصلاح فيه في القوانين التي أشرنا إليها ، وقد أصابت الجوهر والصميم .

ثم اتجهت اللجنة إلى الميراث والصنايا والأوقاف . وأول ثمرات عملها كان في الميراث ، فقد صدر به القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وابتدأ العمل به بعد شهرين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وكان ذلك في ١٢ من أغسطس سنة ١٩٣٤ وقد نظم أحكام الميراث المعمول بها تنظيمًا كاملاً .

وثاني الثمرات كان القانون المنظم لبعض أحكام الوقف وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ولم ينظم كل أحكام الوقف بل عالج بعضها فألغى نظرية

تأييد الوقف في غير المسجد . وألغى نظرية الزوم في غير المسجد وما وقف عليه ، وهكذا أتى بجديد في جوهر الأوقاف ، ولا ندرى أكان ذلك تغييراً إلى خير أم شر ، وترك ما لم ينص عليه إلى ما كان معمولاً به من قبل . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف الأهلى .

وثالث الثرات كان قانون الوصية ، وهو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو قانون عام شامل لكل أحكام الوصية تقريباً . وقد أصاب الجوهر فيما أتى به من تعديلات ، مثل إجازة الوصية لوارث ، ومثل إيجاب الوصية لبعض الأقربين من ذرية الميت ، ولها أتى به من جديد صالح ، وغير صالح . وبعد أن أتمت اللجنة عملها في تنظيم ثروة الأسرة ، وطرائق توزيعها ، انحلت من بعد ذلك إلى الزواج وما يتصل به ، فازمعت أن تنشئ فيه قانوناً مسطوراً منظماً لأحكامه ، مستمداً مما تراه خير ما في المذاهب الإسلامية .

وقد ألغت لجان مختلفة في أول سنة ١٩٥٦ لتبديل القوانين المصرية وكان من بينها قوانين الأحوال الشخصية ، وقد عرض ما أنتجته لجنة الأحوال الشخصية على بعض أهل الخبرة من فقهاء الشريعة ، وقد نقح فيه وهو الآن بمكتب رئاسة الجمهورية . ونسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعله أكثر توفيقاً وإصلاحاً .

والآن تراجع عدة مشروعات للأحوال الشخصية من بينها هذا المشروع وتدرس هذه المشروعات مع قانون الأسر في سوريا ، وقد ألغت لجنة من ثلاثة أعضاء عينت واحداً منهم وزارة العدل السورية ، وواحد عينته وزارة العدل المصرية والثالث مستشار من مجلس الدولة ليخرج القانون موحداً للجمهورية العربية المتحدة ، وقد انتهت إلى مشروع هو الآن في طريق دراسة جديدة ؛ وبعد الانفصال الحكوى ألغت لجنة لإعادة النظر في المشروع ، وهى الآن قائمة بعملها ولكن في بطاء ، وقيل إنه بعد تمام النظر سيرض على الملأ من المفكرين لبيدوا آراءهم فيه . وإن ذلك يكون خيراً كثيراً إذ يحص بالنقد العلمى ، فيكون قانوناً جامعاً صالحاً والله ولى التوفيق .

الزواج

١٢ - تعريفه : يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدین بالآخر على الوجه المشروع ، ويعرفه صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً :

١٣ - والتعريفان متقاربان في المعنى ، والفقهاء تعريفات أخرى ، كلها يدور حول هذا المعنى ، وإن اختلف التعبير ، وهي تؤدي في مجملها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع ، وإلى أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً ، ولا شك أن ذلك من أغراضه ، بل أوضح أغراضه عند عامة الناس ، ولكن ليست هي كل أغراضه ، ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي ، بل إن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدین في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ، وتكون به الراحة وسط متاع الحياة وشدائدها ، ولذلك قال تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً ، لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » .

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى ، فقد قال السرخسي في المبسوط : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ، ليرغب فيه المطيع والعاصي ، المطيع للمعاني الدينية ، والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغيب فيها لهذا المعنى ، حتى تطلب ببدل النفوس وجر العساكر ، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الحق والعدل » .

وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الإسلامي فإنه يجب تعريفه بتعريف يكشف عن حقيقته ، والمقصود منه عند الشارع الحكيم ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول : « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ، وتعاونهما ، ويحدد مال كليهما من حقوق وما عليه من واجبات » .

والحقوق والواجبات التي تستفاد من هذا التعريف هي من عمل الشارع لا تخضع لما يشترطه العاقدان ، ولذلك كان عقد الزواج عند أكثر الأمم تحت ظل الأديان لتكتسب آثاره قدسيته ، فيخضع لها الزوجان عن طيب نفس . ورضا بحكم الأديان .

١٤ - حكمته : مما تقدم يتبين أن الغرض من الزواج في الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسي ، بل الغرض أسمى من ذلك ، ولهذا اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم سنة الإسلام ، فقال : « وإن من سنتنا النكاح » . وما كان الزواج سنة الإسلام ، لأن فيه قضاء الطبع الجنسي فقط ، بل لمعان اجتماعية وثقافية ودينية منها :

(١) أن الزواج هو عماد الأسرة الثابتة التي تلتقى الحقوق والواجبات فيها بتقديس ديني يشعر الشخص فيه بأن الزواج رابطة مقدسة تعلو بها إنسانيته ، فهو علاقة روحية نفسية تليق برقي الإنسان وتسمو به عن دركة الحيوانية التي تكون العلاقة بين الأنثى والذكر فيها هي الشهوة البهيمية فقط ، ولعل هذه الناحية النفسية الروحية هي المودة التي جعلها الله تعالى بين الزوجين وذكرها في الآية السابقة على أنها من نعمه ، وهي التمازج النفسي الذي عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » .

إذا ارتقت العلاقة إلى ذلك النحو من السمو ، كان الزواج ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر ، وكما قال الغزالي في فوائده « فيه إراحة للقلب ، وتقوية على العبادة ، فإن النفس ملول ، وهي من الحق نفور ، لأنه على خلاف طبعها ، فلو كلفت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت واثارت . وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفي الاستئناس بالنساء من الراحة مايزيل الكرب ، ويروح عن القلب ، وينبغي أن يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات ، قال تعالى في شأن الزوجة : « ليسكن إليها » .

(ب) والزواج هو العماد الأول للأسرة كما توهنا ، والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع ، فإذا كان الإنسان حيواناً اجتماعياً لا يعيش إلا في مجتمع ، فالوحدة الأولى لهذا المجتمع هي الأسرة ، فهي الخلية التي تنمو فيها أنواع النزوع الاجتماعى في الإنسان عند أول استقباله للعالم ، ففيها يعرف ماله من حقوق ، وما عليه من واجبات ، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية ، وتبذر بذرة الإيثار ، فتتطور أو تنمو بما يصادفها من أجواء في الحياة العامة ، وفي الجملة إن المجتمع القوي إنما يتكون من أسر قوية ، لأنها وحدة البناء فيه .

(ج) وإن حفظ النوع الإنساني كاملاً يسير في مدارج الرقي إنما يكون بالزواج ، فإن المساندة لا تحفظ النوع من الفناء ، وإن حفظته لا تحفظه كاملاً هيئاً حياة إنسانية (١) واعتبر ذلك بالأمم التي قل فيها الزواج ، فإن نقصان سكانها يتوالى بتوالى السنين ، بينما يتكاثر سكان غيرها ممن يقدم آحادها على الزواج ، ولقد كان النبي صلى الله

(١) كانت الحرب العالمية الأخيرة بويلاتها سبباً في تشتت الأسرة ، ووجود عدد كبير من الأطفال لا آباء لهم ولا أمهات ، فقامت على رعايتهم ملاجئ وكانت هذه فرصة مواتية للموازنة بين الطفل الذي يتربى بين أبويه ، والطفل الذي يتربى في الملاجئ ، من حيث النمو الجسمي والعقلي والعاطفي والخلقي . وقد انتهزها العلماء فرصة لهذه الدراسة . فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي في السنة الأولى ينمو ابن الملجأ نمواً حسناً ربما كان خيراً من نموه بين أبويه لو تكفلاه ، بفضل الرعاية الصحية ، والغذاء الطيب ، ووجود الكفاية منه في الملاجئ الأوربية . وبعد مجاوزة العام الأول يدخل في التكوين الجسمي عامل العاطفة والنطق ، والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبويه يفوق ابن الملجأ في ذلك وله أثره في الجسم ، فتقول مؤلفة كتاب أطفال بلا أسر : « وكلماً وازناً بين أطفال الملجأ الذين تجاوزوا العام الأول وبين أطفال المنازل في مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست في صالح الأولين » . ثم تتكلم في نمو حاسة النطق فتبين سرعة نموها بانتظام في طفل الأسرة وتقول في ذلك . « بداية الكلام الحقيقي تنمو على أساس الصلة المباشرة بين الطفل والديه ، فالطفل يدرك بفريرته كل انفعال يثرافه ، فهو يرقبهما ، ويقلد التغيرات المختلفة التي تظهر على وجهيهما ، وهذا الانفعال العاطفي والتقليدي فيه من القوة ما يدفع إلى الكلام » وتقول في ختام كتابها « في خلال خمس السنين الأولى من حياة الطفل تعمل القوى الفريزية البدائية عند الطفل في نشاط واضح ، وفي علاقات الطفل الأول بالوالديه يستخدم هذه القوى ثم ينقلب عليها بإدماج نفسه في رغبات والديه ، فتكبت ويكون الضمير اللوام ، ويبدأ الطفل حياة جديدة أساسها كبت الفرائز وموامتها ، (اقرأ كتاب أطفال بلا أسر) ترجمة محمد بدران ورمزي يايى .

عليه وسلم بحث على طلب للنسل بالزواج ؛ فقد روى معقل بن يسار ، أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله ، أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية ، فقال ، مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأمم » .

(د) والزواج هو الراحة الحقيقية للرجل والمرأة على سواء ، إذ أن المرأة تجد فيه من يكفل لها الرزق ، فتعكف على البيت ترعاه وعلى الأولاد ترأهم ، وفي ذلك ما يتفق مع طبعها ، وكل ما يتفق مع الغرائز هو الراحة ، وإن كان في ظاهر من المشقة أحياناً . والرجل بعد لأواء الحياة ومتاعها يجد في بيت الزوجية جنة الحياة ، وكأنه واحة في وسط صحراء الدنيا ومتاعها ، ولولا الزواج لكان أفاقاً لا مأوى له ولا سكن ولا مستقر .

ولا نقصد بالراحة الاستئمان إلى المتع والذات ، والامتناع عن التبعات ، والبعد عن التكاليف الاجتماعية ، فإن هذه هي الراحة الحيوانية ، إنما نقصد بالراحة راحة الإنسان الذي يسير في مدارج الكمال ، وتعلو تبعاته بمقدار كماله ، ولذلك لا ننفي عن الزواج ما فيه من تبعات ، لأنها ضريبة الإنسانية العالية وتكليفها .

إنه بلا شك في الزواج تبعات ، منها القيام بحق الأولاد ، والمجاهدة في سبيل توفير أسباب العيش وتربيتهم ، وإنما تلك تبعات الكمال الإنساني ، والبعد عن مهاوى الحيوانية

ولقد أدرك ذلك المعنى المستقيم الكتاب المسلمون الأولون ، فعدوا من فوائد الزواج هذه التبعات التي تنشأ من الكمال الإنساني . ولذلك ذكر الغزالي أن من فوائده « مجاهدة النفس ، ورياضتها بالرعاية والولاية ، والقيام بحق الأهل ، والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن ، والسعي في إصلاحهن ، وإرشادهن إلى طريق الدين ، والاجتهاد في كسب الحلال لأجلهن ، والقيام بتربية أولاده

فكل هذه أعمال عظيمة الفضل . فإنها رعاية وولاية ، والأهل والولد رعية ، وفضل الرعاية عظيم ، وإنما يحترز منها من يحترز خيفة القصور .

وفي الحق إن الزواج مظهر من مظاهر الرق الإنساني ، وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها ، وهو تكليفات اجتماعية فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية ونزل إلى أدنى درجات الحيوان .

١٥ - لهذه المعاني العالية في الزواج حث الإسلام عليه ، ودعا الشباب إليه ، فقد جاء في صحاح السنة عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء » (١) .

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الدنيا متاع ، وخير متاعها ، المرأة الصالحة » وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة . إذا نظر إليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته » .

وعن أنس أن نقرأ من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلى ولا أنام وقال بعضهم أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكنني أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأتزوج النساء . فمن رغب عن سنتي فليس مني » .

وروى قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل (أي عدم الزواج) ثم قرأ قتادة - « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وحملنا لهم أزواجاً وذرية » .

(١) هذا الحديث يجمع عليه من أصحاب السنن الست ، والمراد بالباءة التكليفات اللازمة للنكاح من إعداد البيت ، والقدرة على الإنفاق ، والوجاء مأخوذ من وجا بمعنى قطع أي أن الصوم قاطع للشهوات ، وفطم لنفس من لم يستطع الزواج ، وذلك لأن الصوم يلقى روحانية في النفس ، ويقوى الإرادة وفي ذلك كف للنفس عن الحرام .

الوصف الشرعى للزواج

١٦ - نقصد بالوصف الشرعى ما يسمى فى اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفى ، وهو كون الزواج مباحاً ، أو مندوباً ، أو واجباً ، أو فرضاً ، أو مكروهاً أو حراماً (١) .

والوصف الشرعى للزواج يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته ، ومن حيث خشيته الوقوع فى الفاحشة ، وأحوال المكلف بالنسبة لذلك خمس ، ولذلك اعترى الزواج أكثر الأوصاف السابقة فى مذهب الحنفية .

(ا) فىكون فرضاً أحياناً ، وذلك إذا كان المكلف يتأكد الوقوع فى الزنى إذا لم يتزوج ، وهو قادر على كل نفقات الزواج ، ويعادل مع أهله إن تزوج ، وذلك لأنه فى هذه الحال متيقن الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج ، وترك الزنى لازم لزوماً لاشك فيه وطريقه الزواج ، ولا ظلم فيه لأحد ، فيلزم ويفترض ، لأنه من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن مالا يتحقق الغرض إلا به فو فرض .

(ب) ويكون واجباً إذا كان المكلف قادراً على الزواج وإقامة العدل مع أهله ، ويغلب على ظنه الوقوع فى الزنى إن لم يتزوج ، والإلزام فى هذه الحال دون الإلزام فى الحال السابقة ، إذ اللزوم فى الواجب أقل مرتبة من اللزوم فى الفرض ، لأن الفرض أدلته قطعية وأسبابه قطعية ، أما الواجب فإن أدلته ظنية ، وأسبابه لا تنتج إلا ظناً ، وعلى ذلك يكون الزواج عند ظن الوقوع فى الزنى واجباً يغلب على الظن الوقوع فى الإنثم بالترك .

(ج) وإذا كان المكلف غير قادر على نفقات الزواج أو يقع فى الظلم

(١) المباح : ما لم يطلبه الشارع ولم يمنعه . والمندوب : ما طلبه الشارع من غير إلزام ، أى لا يكون إنثم على من لم يفعله . والواجب ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة والفرض ما طلبه الشارع بإلزام وثبت الطلب بدليل لا شبهة فيه . والحرام : ما ثبت النهى عنه بدليل قطعى لا شبهة فيه ، والمكروه هنا : ما ثبت النهى عنه بدليل ظنى فيه شبهة .

قطعاً إن تزوج يكون الزواج حراماً ، لأنه طريق للوقوع في الحرام وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراماً ، ولكن حرمة تكون لغيره .

(د) وإن كان المكلف يغاب على ظنه أنه يقع في الظلم إن تزوج يكون الزواج في هذه الحال مكروهاً ، خشية أن يؤدي إلى الظلم المتوقع إذا تزوج .

وقد يرد سؤال : إذا كان الشخص في حال نفسية يقطع فيها بالزنى ، إن لم يتزوج ، ويقطع فيها بالظلم إن تزوج ، فإذا يكون ؟ أ يغلب جانب الحرمة أم يغلب جانب الفرض ؟ والجواب : إن المحرم لا يبيح المحرم ، فالزنى لا يبيح الزنى ، إنما عليه أمر لازم لا بد من نفاذه وهو ألا يظلم ؟ وألا يزنى . وعليه أن يقوى عزيمته فلا يزنى أو يهذب نفسه فلا يظلم ؟ وليقم بأسهل الأمرين على نفسه ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد قدر مثل هذه الحال فقال في ختام الحديث الذي طالب فيه الشباب بالزواج : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم » فقد أمر في هذه الحال بالصوم لأن الصوم بروحانيته يقطع النفس عن شهواتها ، وهو يقوى العزيمة والإرادة ، فيقصد شرور هواه ، وفي الجملة من تردد بين حرامين سبب هواه ، فالواجب ألا يقع في واحد منهما ، وإن وقع فقد تردى في مهاوى الإثم .

(هـ) وإذا كان الشخص في اعتدال لا يقع في الزنى إن لم يتزوج ولا يخشاه ، ولا يقع في الظلم ولا يخشاه ، فإن فقهاء الحنفية يرون مع جمهور الفقهاء أن الزواج في هذه الحال يكون مندوباً ، أى أنه يكون سنة ، يحسن فعله ولا يأثم إن لم يفعل ، والحقيقة أن هذه الحال هي الأصل ، وغيرها أمور عارضة ، ولذلك قرر فقهاء الحنفية أن الأصل في النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب ، على اختلاف العبارات الواردة في الكتب ، وكلها بمعنى واحد تقريباً ، والفرضية والوجوب والكرهية والتحريم تجيء لأمر نفسية عارضة ترفع النكاح إلى مرتبة اللزوم ، أو تنزل به إلى درجة المحرم .

١٧ - هذا رأى الحنفية في حال الاعتدال ، يقرون مع جمهور الفقهاء أن النكاح سنة ، وهناك رأيان آخران يخالفان ذلك الرأى .
أحدهما - أن الزواج في هذه الحال مباح وليس بسنة ، وهو رأى عند الشافعية .

وثانيهما - أنه فرض ، وهو رأى الظاهرية . وقد استدلت الظاهرية على فرضية الزواج في حال الاعتدال بدليلين .

أولهما - أن النصوص وردت في طلب الزواج والحث عليه بصيغة الأمر مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » وصيغة الأمر في أصل وضعها للطلب اللازم ، فهي تدل على الفرضية ما لم يأت نص يفيد أن الأمر لغير الفرض والطلب اللازم ، ولم يأت نص يدل على ذلك فتكون النصوص دالة على الفرضية ، ويزكى ذلك أحوال النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إذ أنهم لازموا الزواج ، ولم ينقطعوا عنه ولو كان مندوباً لأثر عنهم الانقطاع عنه .

ثانيهما - أن الشخص ، ولو كان في حال اعتدال عرضة للزنى ، ومن الواجب أن يحتاط لنفسه فيحصنها بالزواج ، فيكون مطلوباً ، كالنظر إلى عورة الأجنبية . هو حرام ، لأنه قد يؤدي إلى الزنى ، ويعرض النفس لطلبه ، وهو في ذلك احتمال .

هذان هما دليلي الظاهرية ، أما ما استدلت به الرأى عند الشافعية وهو كون الزواج مباحاً فهو أمران أيضاً :

(أحدهما) أن النصوص عبرت في كثير من الأحيان عن الزواج بالحلل وهو في معنى الإباحة ، كقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وإذا كان لفظ الحل في معنى الإباحة ، فلا يدل على الوجوب ولا على الندب ، وألفاظ الأمر الواردة في القرآن والحديث إنما تكون في حال تيقن الوقوع في الزنى أو غلبة الظن .

(ثانيهما) أن النكاح من جنس الأعمال الدنيوية . ولذلك يقع من المسلم وغير المسلم ، والبر والفاجر ، وفيه قضاء الشهوة ، وهو مما يميل إليه الطبع ، فيكون من يقوم به إنما يعمل لنفسه كالأكل والشرب ، وذلك من خواص المباح ، ولا يعلو النكاح إلى مرتبة العبادات بل هو دونها ، ولذلك كان الاشتغال بالنوافل أفضل إن لم يخش الوقوع في الرنى .

هذه أدلة بعض الشافعية ، وقد سبقت أدلة الظاهرية ، أما أدلة الجمهور في كون النكاح مندوباً في حال الاعتدال فهي تتجه اتجاهين ، لأن رأى الجمهور فيه دعويان : إحداهما أن الزواج مطلوب والثانية أن طلبه على وجه الندب ، والأولى تعارض دعوى بعض الشافعية ، والثانية تعارض دعوى الظاهرية .

أما اثبات الاولى :

١ - فما ورد من الحث عليه من الأوامر التي نقلناها آنفاً ؛ وما ثبت من صحاح السنة من تحريض النبي أصحابه عليه ، وقد ذكرنا طائفة منها عند الكلام في حكمة الزواج ، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « من أراد أن يلتقي الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر » وإن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرر أن النكاح من سنته ، فهو مطلوب ، لأن سنته مطلوبة ، وقد قدمه على النوافل عندما بلغه أن بعض الصحابة لا يتزوج ، ويصوم النهار ويقوم الليل .

٢ - ولقد داوم النبي صلى الله عليه وسلم على الزواج ، حتى قبضه الله سبحانه وتعالى إليه ؛ ولو كان غير مطلوب أو كان التخلي عنه إلى النوافل أفضل ، ما تحرى هذه المداومة ، وكذلك داوم عليه أكثر أصحابه رضى الله عنهم أجمعين .

٣ - وإن الزواج طريق لما هو أعظم من القيام بالنوافل ، لأن صيانة النفس عن الفحشاء ، والقيام على شئون أهل والأولاد أفضل من النوافل ، وما أحسن ما قاله كمال الدين بن الهمام في الرد على بعض الشافعية :

« تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق ، وتوسعة الباطن بالتحمل في مباشرة أبناء النوع ، وتربية الولد ، والقيام بمصلحة المسلم العاجز والنفقة على الأقارب ، المستضعفين ، وإعفاف الحريم ونفسه ، ودفع الفتنة

عنه وعنهن . ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ، ولتكون هي لتأهيل غيرها .

وأما إلجابات الثانية :

وهو أن الطلب للندب لا للإلزام القاطع حتى يكون فرضاً واجباً ، فهو أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من الشاب غير القادر على نفقات الزواج الاستعانة بالصوم ، وما كان الصوم مطلوباً طلب الإلزام ، بل كان إرشاداً ، فدل هذا على أن صيغة الطلب للزواج التي تقابل طلب الصوم ليست للإلزام إذ لو كان الزواج لازماً للزم أن يكون مقابله لازماً ، ولم يقل ذلك أحد . وإن بعضاً قليلاً من الصحابة لم يتزوج ، وقد علم ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكره عليهم ، وإن كان قد حثهم على الزواج مرشداً .

والشريعة الإسلامية قد وصلت إلينا كاملة ، ولم يعد من فرائضها النكاح ، ولو كان فرضاً للذكر بين الفرائض ، ولكان إهمال ذكره تقصيراً في البيان . ومعاذ الله أن يكون من النبي صلى الله عليه وسلم ذلك .

الخطبة أو مقدمات العقد

١٨ - يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات ، يبين كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغائبه ، فإذا تلاقى الرغبات أقدم ، فيتم العقد بتلاقي الإرادتين ووجود العبارتين الداليتين على ذلك .

وعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقبيه إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة ، ولهذا كانت مقدماته لها خطره وشأنه ، وإن الشريعة الإسلامية كسائر الشرائع لم تكن بمقدمات أى عقد من العقود سواء فقد عيّنت بها وجعلت لها أحكاماً خاصة .

ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة وهي طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه .

ويجب لسلامة الخطبة أن يكون كلا العاقدين على علم قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الآخر ، وما عليه من عادات وأخلاق ليكون العقد على أساس صحيح ، وتكون العشرة التي يحلها مرجوة الصلاح والبقاء ومعرفة ذلك تكون مما يعطى علماً قاطعاً أو ظناً راجحاً .

ويجب أيضاً أن يكون على علم بخلق الطرف الآخر ، وتكوينه الجسمي ويتم ذلك العلم بالرؤية وهي أجدى طريق للمعرفة ، ولذلك أباح الشارع الإسلامى للرجل أن ينظر إلى من يريد الزواج منها ، بل حجب إلى ذلك وندب إليه .

ويروى في ذلك أن المغيرة بن شعبه خطب امرأة ليتزوجها فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنظرت إليها ؟ قال : لا ، فقال عليه السلام : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » . وروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

والقدر الذى يباح النظر إليه هو الوجه والكفان والقدمان ، ولا يتجاوز ذلك عند الحنفية والاقتصار عليه فيه الكفاية لمن يريد معرفة خلقها وروحها . وقد أجاز بعض الأئمة تجاوز ذلك القدر ، ومنع بعض الأئمة النظر إلى القدمين واليدين . ومذهب الحنفية هو الوسط .

وقد اتفق الفقهاء على أن رؤية الخاطب لمخطوبته لا تكون في خلوة ، لأن الخلوة بين الرجل والمرأة حرام ، ولم يرد من الشارع ما يبيحها لأجل الخطبة ، فبقى النهى العام قائماً ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة فإن ثلثهما الشيطان » .

والرؤية تكون عند الخطبة ، وقد روى أن الشافعى رضى الله عنه يفضل أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند نية الزواج من هذه المرأة حتى إذا أنتجت الرؤية لإقداماً أقدم وإن أنتجت لإحجاماً لم يكن في ذلك إيذاء لها ولا حرجاً لأسرتها ، والرؤية قبل الخطبة برؤيتها خفية ، أو فجأة من غير أن تعلم أو يعلم تدويرها بنية الزواج التي يخفيها ، ولذلك الاستحسان مكانه من اللياقة والعرف

والخلق الكريم برضاه ويؤيده . وعن جابر أنه قال : « محطبت امرأة فكنت لا أعبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فزوجتها » .

١٩ - وهذا المنهاج الذى سنه الشارع الإسلامى ، هو المنهاج السليم ، أجاز للخطاب أن يرى المخطوبة فى غير خلوة ، وذلك المسلك هو الوسط بين مغالاة المتشددى فى التستر الذين حرموا على الخطاب كل سبيل لأن يلقى على مخطوبته نظرة قبل أن تزف إليه ، مكتفين بوصف الواصفات اللاتى يبالغن فى الاستحسان أو الاستهجان ، وبين إسراف الذين غاوا فأباحوا للرجل أن يصطحب مخطوبته فى الغدوات والروحات ، وفى الحدائق والملاهى ، فى النهار وفى طرف من الليل ، وكشفوا للخطاب كل أستار البيت ، وأزالوا من بين يديه الحجب ، فكانت النتائج خطيرة إن لم يتم الزواج .

وقد زعم هؤلاء المسرفون أن الذى يدفع إلى سلوك ذلك المسلك أو قبوله تسهيل التعارف التام بين الخطاب والمخطوبة ، فيعرف كل واحد منهما صاحبه على حقيقته ، ويقدم على بينة . وهذا زعم باطل ، لأن الخطاب مهما يدم اختلاطه بمخطوبته لا يستطيع أن يعرف طباعها ، ولا يستطيع أن تعرف حقيقة طباعه لأن كليهما يتكلف لصاحبه ما ليس فى طبعه ، ويكسو نفسه من المظاهر ما ليس من عاداته . والتحرى عن الأخلاق والطباع والعادات بالسؤال والبحث أهدى سبيلا ، وإن لكل أسرة عادات وتقاليد مشهورة معروفة تغنى معرفتها أحيانا عن غيرها من أسباب المعرفة ، وتعجبني فى ذلك كلمة الدهلوى فى حجة الله البالغة : « يستحب أن تكون المرأة من كورة وقبيلة عادات نساءها صالحة فإن الناس معادن ، كمعادن الذهب والفضة وعادات القوم ورسومهم غالبية على الإنسان بمنزلة الأمر المحبول عليه » :

٢٠ - شروط الخطبة : والخطبة كما علمنا مقدمة لعقد الزواج ، ولذلك لا تباح خطبة امرأة ، إلا إذا كانت صالحة لأن تكون زوجة فى الحال ، حتى يمكن أن يتم العقد ، لأنها وسيلة لغاية هى الزواج ، فإن كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة . ولذلك اشترط الفقهاء لإباحة الخطبة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل - حرمة مؤبدة . ولا حرمة مؤقتة ، فلا يجوز له أن

أن يخطب ذات زوج بحال من الأحوال لأنها محرمة عليه ما دامت زوجة ،
ولأن خطبتها اعتداء على الزوج .

وتحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى بانفاق الفقهاء ، لا بطريق التصريح
ولا بطريق التعريض ، لأن المطلقة طلاقاً رجعياً زوجيتها قائمة ، وحقوق
الزوج عليها ثابتة مادامت في العدة ، فله مراجعتها من غير تراخ في أى وقت
شاء ، فخطبتها كخطبة الزوجة تماماً ، فتكون حراماً من كل الوجوه .

والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً ، لقوله تعالى :
« ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » وظاهر الآية أنها للمتوفى
عنها زوجها لأنها جاءت عقب قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويلدرون
أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فكان التعريض جائزاً بهذا
النص الكريم ، والتصريح على أصل المنع :

والفرق بين التعريض والتصريح أن : « التصريح أن يذكر لفظاً يدل على
إرادة الخطبة من غير احتمال لسواها ، والتعريض ذكر الخطبة بلفظ يحتمل
الخطبة ويحتمل غيرها ، ويكون ظاهره سواها ، وإن كانت رغبة الخطبة
تكشف عنها إشارات القول ، ولندكر مثلاً كان لخطبة بالتعريض ، فإنه
يروى أن سكينه بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد بن الحسين ، ولم
تنقض عدتي من مهلك زوجي ، فقال : « قد عرفت قرابتي من رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي وموضعي في العرب . قلت : غفر الله لك
يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك ، تخطبني في عدتي ٩٩ قال : إنما أخبرتك
بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي » .

ألا ترى من ذلك التعريض الرائق وضوح الغرض وهو الخطبة ، مع
أن ظاهر اللفظ لسواها ، ولذلك استطاع رضى الله عنه أن يتنصل من تبعة
القول سريعاً خشية أن يتحول التعريض إلى تصريح .

ولا تجوز خطبة المعتدة من وفاة تصريحاً . لأن الجواز الذى جاء به النص
مقصود على التعريض ، فكان التصريح على أصل المنع ، لعدم إمكان العقد
في الحال ، ولأن التصريح قد يوغر صدور أولياء الميت ، فلا يسوغ .

والمعتدة من طلاق بائن لا تجوز خطبتها قبل انتهاء العدة ، لا تصريحاً ولا تعريضاً ، لأن جواز التعريض جاء في المتوفى عنها زوجها دون سواها ، فالباقي على أصل المنع .

والفرق بين حال المعتدة من وفاة ، والمعتدة من طلاق بائن يوجب هذه التفرقة ، إذ أن المعتدة من طلاق بائن عدتها بالحيض غالباً ، فإذا طمعت في التعريض بالخطبة ربما دفعها الطمع إلى الخيانة ، فتعلم أن العدة قد انتهت . وهي لم تنته ، والقول قولها في إخبارها بانتهاء العدة ، وليس لأحد سبيل إلى تكذيبها ما دام في الإمكان تصديقها ، أما المعتدة من وفاة ، فإن عدتها بالأشهر ، وهي تعرف بالحساب والكتاب ، فلا سبيل إلى الخيانة أو الكذب لتسجل إنهاءها . والخطبة تقتضي الرؤية ، ولا سبيل إلى رؤية المعتدة من طلاق بائن لالتزامها منزل الزوجية ، فهي لا تخرج ، ولا يدخل عليها أحد من غير إذن مطلقها ، والمعتدة من وفاة لا تلتزم منزل الزوجية ، والمطلقة بائناً محتمل العودة إلى زوجها بعقد ومهر جديدين في بعض الأحوال ، وعودة الزوجية في حال الوفاة مستحيلة فلا اعتداء في خطبتها على أحد ، بينما ثمة نوع اعتداء في خطبة المعتدة من طلاق بائن (١) .

٢١ - إلى هنا قد بينا من تجوز خطبتها ومن لا تجوز ومن حيث علاقتها بزوجية سابقة ؛ وقد يلبس الخطبة ما يجعلها ممنوعة ديناً لا قضاء ، وذلك إذا خطب الرجل امرأة سبق إليها غيره وخطبها ، فإن ذلك منهي عنه بصريح الأحاديث الواردة في ذلك . ومنها ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يبيع الرجل على بيع أخيه . ولا يخطب على خطبته . ولا تسأل المرأة طلاق أخيتها ، لتكفأ ما في إناثها . وروى أبو هريرة أيضاً أن

(١) ما ذكر كله مذهب الحنفية ، وعليه جمهور الفقهاء وقد وافقهم الشافعي في عدم جواز خطبة المعتد من طلاق رجعي لا تصريحاً ولا تعريضاً ، ووافقهم في عدم جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً من غير تصريح ، أما المعتدة من بائن ، فإن كانت مطلقة ثلاثاً حل التعريض عند الشافعي دون التصريح ، وأما إذا كانت مطلقة بائناً بغير الثلاث . فقد اختلف إن كان المخاطب غير المطلق في جواز التعريض ، عند الشافعية ، وإن كان المخاطب هو الزوج السابق ، فبالإتفاق يحوز التعريض والتصريح وليس هذا موضع البحث ولا خلاف فيه من أحد .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

وأحوال المخاطب السابق تختلف من حيث رده وإجابته إلى أربعة أقسام :

الحالة الأولى - أن تتلقى خطبته بالقبول ، وفي هذه الحال قد اتفق على أنه لا يجوز لمخاطب آخر أن يتقدم للخطبة ، لأن ذلك اعتداء صريح على حق الأول .

وهو يغرى بين الناس بالعداوة .

الحالة الثانية - إذا رفضت خطبة المخاطب الأول ، وقد اتفق على جواز أن يتقدم آخر لخطبتها . لأن الأول لم يثبت له شيء ، ولا يحل له أن يعترض من تقدم الثاني ، وإن غضب لا يؤبه لغضبه ، وإلا ما تقدم أحد قط الخطبة من يخطب وترفض خطبة مخاطبها .

الحالة الثالثة - هي التردد بين الرضا والقبول ، من غير ميل إلى أحدهما وهي موضوع خلاف بين الفقهاء ، فبعض الفقهاء يقول لا يجوز تقدم آخر بالخطبة ، لأن ذلك اعتداء على الأول . إذ يكون ثمة احتمال القبول ، فتقدم الثاني يقطع ، وبعضهم يقول إنه يجوز أن يتقدم الثاني ، لأن السكوت في معنى الرضا الضمني لأن خطبة الأول مع التردد لم تتم ، فكانت الحال كالرفض ، ولأنه مع التردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه ، - غضب فغير حق .

وأكثر الحنفية على الرأي الأول وهو المعقول .

الحالة الرابعة - أن يكون ثمة ميل إلى جانبه أو ميل إلى الترك وفي الميل إلى الترك يجوز بعض الفقهاء جواز خطبتها ، وفي حال الميل إليه مع الأكثرين طلب يدها . وقد جاء في مختصر الطحاوى : « ومن خطب امرأة فلم تركزن إلى خطبته إياها لم يكن على غيره بأس في خطبتها ، وإنما يكره له خطبتها بعد خطبة غيره إياها إذا كانت ركنت إلى مخاطبها الأول » (١) .

(١) مختصر الطحاوى طبع دائرة المعارف النعمانية ص ١٧٨ .

ومنع ابن حزم الخطبة عند التردد مطلقاً ، وقد قال في ذلك . « لا يعمل لمسلم أن يخطب على خطبة مسلم ، سواء ركننا وتقاربنا أو لم يكن شيء من ذلك ، إلا أن يكون أفضل لها في دينه وحسن صحبته ، فله حينئذ أن يخطب على خطبة غيره ممن هو دونه في الدين وجميل الصحبة ، أو إلا أن يأذن له الخاطب الأول في أن يخطبها ، فيجوز له أن يخطبها . أو إلا أن يدفع الخاطب الأول فيكون لغيره حينئذ أن يخطبها ، أو إلا أن تردده المخطوبة ، فليغيره حينئذ أن يخطبها ، وإلا فلا » (١) .

وهناك رأى لمالك أنه إذا كان الخاطب الثاني أفضل تقدم ، وقد ذكره ابن حزم كما ترى . ونرى أن كل خاطب يرى في نفسه أنه أفضل لها من غيره ، ولهذا يجب أن تمنع الخطبة إلا إذا ردت بالفعل أو ركنت إلى عدم القبول كما هو المذهب الحنفي .

ويلاحظ أن عدم جواز الخطبة على خطبة غيره أمر ديني ، فإذا خطب على خطبة غيره ، وتمت خطبته ، وعقد العقد نتيجة لها ، كان العقد صحيحاً من كل الوجوه ، ولكنه أثم بخطبته على خطبة أخيه ، ولكن ذلك الإثم لا أثر له في صحة العقد ، لأنه لم يصاحب العقد ، بل كان لأمر سبقه ، ولم يتصل بشروط صحته ، ولا بأركانها .

وهذا القول هو أحد أقوال ثلاثة ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وقد جعلوا له نظيراً في عدم تأثيره في صحة العقد ، وهو أن من اغتصب ماء ، ثم توضأ به ، فإنه تصح به الصلاة ، ولكن يأثم بالاغتصاب ، فالإثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد .

وقال داود الظاهري : إذا تزوجها الخاطب على خطبة أخيه كان الزواج غير صحيح وفسخ ، لأن النهي منصب على النكاح ، لا على الخطبة في ذاتها أو وحدها إذ النهي عنها ما كان إلا لأنها وسيلة للزواج . فالنهي لأجله ، فيكون فاسداً ، ويجب الفسخ ، سواء أدخل بها أم لم يدخل .

وروى عن مالك رضي الله عنه ثلاثة أقوال ، أولها قول الجمهور ،

وثانيها قول الظاهرية . وثالثها أن الفسخ يكون قبل الدخول . ولا يجوز بعده ، لأنه بالدخول قد تأكد العقد ، فلا يسوغ الفسخ ، والإثم في عتق صاحبه ويلازمه .

٢٢ - وليس في مصر إجراءات خاصة بالخطبة ، لأنها ليست عقداً ، إنما هي مقدمات عقد ، وذلك غير ما في قانون لبنان وسوريا . ففي قانون لبنان أنه لا بد من إجراءات قبل العقد وقد بينتها المواد من ١ إلى ١٣ في ذلك القانون ، وخلاصة ما جاء فيها أنه لا بد للخطاب والمخطوبة عند الإقدام على الزواج من أن يتقدما إلى هيئة مختارة من المحلة ، أو القرية التي يقيم بها كلاهما ، فإن اختلفت إقامتهما قدم كل واحد منهما طلبه إلى هيئة قريته أو محله ، وهذه الهيئة تفحص حالهما من حيث صحة زواجهما أو عدم زواجهما وغير ذلك ، فإذا لم يكن مانع ديني ولا قانوني صرحت الهيئة بجوار الزواج ، ويبين في التصريح اسمهما وشهرتهما واسم أبويهما وصفتهما وعملهما ومذهبهما وتبعيتهما ، ومحل إقامتهما وحيازتهما أهلية الزواج وعدم وجود مانع من مواعنه أو وجود مانع ، وإذن الولي أو عدم إذنه إذا كان أحد الزوجين يحتاج إلى إذن الولي ، وليس للهيئة أن تمتنع عن التصريح ، إذا كان هناك مانع في نظرها ، بل تصرح مع ذكر المانع ، وتعطى تذكرة شخصية .

وهذه الهيئة عملها هو التحري ، والذا يقدم التصريح إلى المحكمة المختصة لتفحصه ، وإذا انضج من التصريح عدم أهلية أحد الطرفين أو قيام مانع من مواعنه يرفض طلب العقد مع بيان الأسباب الموجبة للرد ، ويقيد الرفض في الدفتر الخاص بذلك في المحكمة ويضبط .

وإذا ثبت عدم موافقة الولي في الحال التي لا يتم العقد فيها إلا بإذنه طلب إليه الحضور ليدلى بالأسباب التي يعترض من أجلها ، وتدرس المحكمة أوجه الاعتراض ومعارضة الولي عليه لها ، فإن قبلت أوجه الاعتراض رفضت طلب الزواج ، وإذا لم يحضر الولي ، أو حضر ولم يبين أسباب الاعتراض أوبينها ولم ترها المحكمة موجبة للرفض ، فإنها تأذن بالعقد ، وقرار المحكمة يجب أن يكون مسبباً في الحالين .

وفي حال الإذن تعلن أنه ستم إجراءات الزواج بين فلان بن فلان ، وفلانة بنت فلان ، وتعلق صورة منه في ديوان المحكمة وصورة في محل اجتماع الناس ، وإذا رأت المحكمة ما يوجب الإعلان في إحدى الصحف أعلنت أيضاً ، وإذا أعلن في صحيفة تحفظ منها نسخة في الملف ، وإذا ألصق على جدران يثبت التاريخ ، وتلصق الصورة بمحضر يوقع عليه الحاضرون .

ويبين في هذا الإعلان أن من له اعتراض عليه أن يقدمه في مدة عشرة أيام من تاريخ لصق الإعلان ، أو من تاريخ النشر بالصحيفة . . .

وإن لم يعترض أحد أذنت المحكمة بسماع صيغة العقد ، وعينت نائباً عنها يحضر مجلس العقد .

وخلاصة ما اشتملت عليه إجراءات الخطبة في قانون الأسرة في سوريا أن يقدم طالب الزواج لقاضي المنطقة طلباً مصحوباً بشهادة معرفة للحاطب والمخطوبة ، وصورة مصدقا عليها من قبل إدارة الفتوى أو جهة الأحوال الشخصية ، ومصحوبة بشهادة طبيب يخلو الحاطب والمخطوبة من الأمراض السرية ، ويان عدم موانع صحته . ورخصة بالزواج بالنسبة للعسكريين ، وموافقة إدارة الأمن بالنسبة للأجانب .

ولا يجوز في القانون السوري توثيق العقد بغير هذه الإجراءات . وإذا تم الزواج من غير توثيق لعدم توافر هذه الشروط ، وكان الزواج من الناحية الدينية صحيحاً ، وحصل حمل من هذا الزواج يوثق الزواج لمصلحة الطفل . وقد فرضت عقوبة لمثل هذه الحالة .

وإذا استوفيت الإجراءات أذنت المحكمة بإجراء العقد ، ويلغى الإذن إذا مضت ستة أشهر ولم يتم الزواج ، وبعد ضبط الزواج وتسجيله ترسل صورة منه إلى دائرة الأحوال المدنية .

٢٣ - والخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد وليس للوعد بعقد

قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالك في بعض أقواله (١) وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين ، فلكل منهما أن يرجع عن قوله ، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل .

والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي عقد الزواج له الحرية التامة قبل إبرامه ، لأنه عقد الحياة ، ومن المصلحة التروى وترديد الأمر فيه ، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة .

ولو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد ، قبل أن تتوافر له كل أسباب الدرس أحياناً ، وهذا ما تقرره كتب الفقه بالإجماع من غير خلاف .

وإن كان في بعض الأقوال المروية عن الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء في بعض الأحوال ، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفرض إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به ، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير .

٢٤ - ولكن قد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضرر ينال الطرف الآخر الذي لم يعدل ، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل ، لأنها أعدت الجهاز مثلاً ، فهل يغرم العادل من ماله عوضاً للأضرار المالية وغير المالية ؟ لقد أجاب عن ذلك بعض رجال الفقه بأنه لا يسوغ ، وليس لقاض أن يحكم به ، لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط ، ولأن العادل يحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف

(١) الوعد عند مالك رضى الله عنه ، فيه أربعة أقوال . « أولها » أنه لا إلزام فيه ، ولا يقضى بمقتضاه بشئ ، سواء أكان الوعد سبباً للدخول في شيء أو ترك شيء . ترتبت عليه التزامات منازم أو لم يكن . « الثاني » أن الوعد ملزم ، ويقضى به في كل الأحوال ، وهذا مقابل القول الأول . « الثالث » أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سبباً لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد ، كن يعد شخصاً بأن يعطيه مقداراً من المال ليسدد ما عليه من دين فإنه يقضى بالوفاء ، لأن المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد . « القول الرابع » أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سبباً للتصرف ودخل من بذل الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد كن يقول لشخص : اشتر هذه الأرض ، وأنا أدفع تكاليف البناء . فإنه يجب الوفاء . إذا اشترى « راجع الالتزامات لمطاب » .

يغرم مالا ، ولأن المقرر فقهاً وقانوناً أنه لاضمان في استعمال الحق ، ولأن الذى وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أى وقت شاء ، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ، ثم حصل عدول . فالضرر نتيجة لاغتراره . ولم يغرم به أحد ، والضمان عند التفرير ، لا عند الاغترار ، ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج . ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا ، وكامل الحرية ، وأنه كان على من وقع به الضرر بسبب العدول أن يطلب قبل الدخول فيما يسبب الضرر - البت بقطع الخطبة أو إمضاء الزواج . وأنه إذا لم يفعل فليتحمل معبة تقصيره من غير أن يشركه أحد

وبهذا رأى أخذت محكمة الاستئناف الوطنية في كثير مما عرض لها من خصومات في هذا الموضوع .

وعمل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر ، لأنه من المقرر في الشريعة أن « لا ضرر ولا ضرار » ، كما ورد في الحديث الصحيح ، والضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض ، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقداً - هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية ، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه ، أو تحت سمعه وبصره . فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تفرير ، ولا تعارض عند صاحب هذا رأى بين كون العدول حقاً ، وبين تعويض الضرر لأن التعويض ليس عن العدول المجرد ، ولكنه تعويض للضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب ، وتفتح أبواب النفقات ، فالأحوال التي أحاطت بالعدول ، وللخاطب العادل دخل في وجودها - هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض ، فليس التعويض لأنه استعمل حقاً ، ولكن لأنه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره ، ولكل حق ميقات معلوم في حكم العقل والإنصاف .

وقد أخذت بهذا رأى محاكم ابتدائية ، وقد أيدت بعضها محكمة الاستئناف فيما ارتأت .

وفي الحق أننا لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق . كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني . بل نقول قولاً وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض ، لأنه حق . والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالخطوبة ، لا لمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب نوعاً من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة ، فيعوض ، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض .

وعلى هذا يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول . كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل ، فالأول يعوض والثاني لا يعوض ، إذ الأول كان تغريراً ، والتغريير يوجب الضمان ، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفى وغيره ، وفي قضايا العقل والمنطق ، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩) .

هدايا الخطبة :

٢٥ - وقد يصحب الخطبة أن يقدم الخاطب هدايا ، أو يعطيها جزءاً من المهر ، فهل له استرداده ، وهل لها أن تسترد الهدايا ، إن كانت قد قدمت هدايا ؟

إن ما يقدم على أنه مهر يكون للخاطب استرداده ، لأن المهر حكم من أحكام الزواج ، ولم يتم الزواج فلا يستحق ، ويرد بذاته إن كان قائماً ، ويمثله أو قيمته إن أهلك أو استهلك . وفي المشروع الذى قدم لرياسة الجمهورية سنة ١٩٥٦ : أنه يصح أن يعطى الزوج بدل المهر جزءاً من الجهاز الذى اشترى بقيمته يوم الشراء ، وقد اشتملت على بيان ذلك المادة ١٨ وهذا نصها :
(ا) فى حال العدول عن الخطبة يكون للخاطب أن يرجع بما أداه من مهر .

(ب) وللمهدى أن يرجع بما قدمه من هدايا عيناً أو قيمتها نقداً وقت

الشراء إذا هلك أو استهلك ، وذلك إذا كان العدول من الطرف الآخر ، وليس له أن يسترد شيئاً إذا كان العدول من جانبه .

(ج) وإذا اشترت المرأة بالمهر جهازاً أو ببعضه ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين رد المهر نقداً ، أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء .

وأما ما قدم على سبيل الهدية من أى واحد من الطرفين ، فهو في المذهب الحنفي يأخذ حكم الهبات ، ويجرى فيه حكم الرجوع فيها ، ومذهب الحنفية أنه يجوز الرجوع في الهبة إلا للمانع من موانع الرجوع ، ومنها الاستهلاك والملاك ، وعلى ذلك إذا كانت الهدية قائمة في ملك المهدى إليه بعينها ، ولم يتصرف فيها بما يخرجها من ملكه فله الرجوع فيها واستردادها ، وإن كانت هالكة أو تغيرت حالها بأن كانت ثياباً فخيطة ، أو تصرف فيها فليس له استردادها ، ولا طلب مثلها أو قيمتها (١) .

(١) جاء في الدر المختار أنه إذا أنفق رجل على معتدة الغير على أن يتزوجها بعد عدتها ، فإن تزوجته فلا رجوع مطلقاً « اشترط صراحة أو لم يشترط » وإن أبت فله الرجوع إن دفع ، وإن أكلت معه فلا رجوع مطلقاً ، وقد علق على ذلك ابن عابدين بكلام طويل . خلاصته أنه روى في المسألة أربعة أقوال :

أولها - ن له الرجوع ، لأن ذلك رشوة ، إذ أنه لا يحل له خطبتها لأنها في العدة ، فالعطاء فاسد ، إذ هو لغرض لا يتفق مع الشرع فله الرجوع لإزالة للفساد .

وثانيها - أنه لا يرجع ولو لم يتزوجها ما دام لم يشترط الزواج صراحة ، لأنه هبة قد استهلك .

وثالثها - أنها إن تزوجته لا يرجع وإن أبت رجع . اشترط أو لم يشترط ، وذلك إذا كان ما دفعه نقوداً تنفق منها . وأما إذا كانت تأكل معه فلا يرجع بشئ . أصلاً لأن هذه إباحة لا تمليك ، وإعطاء النقود هبة بموضع معروف وإن لم يشترط صراحة .

ورابعها - أنه لا يرجع إذا تزوجته وكان قد شرط الزواج ، وإن لم يتزوج مع اشتراط الزواج عند الإنفاق يرجع ، وإن لم يشترط لا يرجع ولو لم يتزوج أياً كان نوع الإنفاق .

وهذه الأقوال في المذهب الحنفي خاصة بمعتدة الغير التي لا تحمل خطبتها ، ولكن ابن عابدين طبقها في المخطوبة التي تحمل خطبتها . وذلك أنه في قرية دمشق ينفق الخاطب على مخطوبته حتى يتوافر لديه المهر ، فإنه يرجع إن عدلت عن الخطبة ، ولو كانت النفقة مستهلكة . أما الهدية العينية ، فإنها يجري عليها حكم الهبة ، فلو النفقة يجري الخلاف وفي الهدية يجري حكم الهبة من أنه لا يرجع بمستهلك .

وجمهور الفقهاء على أن الرجوع في الهبة لا يجوز بعد قبضها ، لكن خالف بعضهم في هدايا الزواج .

فإن المالكية على أرجح (١) الأقوال عندهم خالفوا في إعطاء هدايا الزواج حكم الهبات العامة التي لا يجوز الرجوع فيها أو يجوز ، وقرروا بالنسبة للهدايا في الخطبة أن العدول إن كان من جانب المهدى فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها ، وإن كان العدول من جانب المهدى إليه فعليه أن يرد الهدية إن كانت قائمة ، وقيمتها إن كانت هالكة ، أو مستهلكة وذلك عدل بلا ريب ، فلا يجمع على المهدى إليه بين ألم العدول ، وألم

= ونحن نخالف ابن عابدين في تطبيق الخلاف الذي جرى في الإنفاق على معتدة بالنسبة للمخطوبة التي تحمل خطبتها ؛ لأن القول الأول لا ينطبق ، إذ أنه لا رشوة . إذ خطبة غير الممتدة حلل وهذه خطبتها غير حلل ، والفرق بين الحلل والحرام واضح ، وإن التفرقة بين الإنفاق والهدايا العينية غير واضح ، لأن الهدايا العينية هي الأخرى قد أعطيت على أساس أن يتزوجها فهي كالهبة المشروطة ، فإذا استهلكت تسترد ، فإذا أن يجزى على الإنفاق حكم الهدايا . وإما أن يجزى على الهدايا حكم الإنفاق ، وعلى ذلك يكون للخاطب حق الاسترداد لهداياها بعينها إن كانت قائمة ، وقيمتها إن كانت هالكة إذا كان العدول من جانبها ، وهذا النظر يتلاق مع مذهب مالك ، ويلاحظ أن المحاكم تطبق إلى الآن أحكام الهبة على الهدايا . كما هو ظاهر المذهب الحنفي .

(١) هذا هو أرجح الأقوال في مذهب الإمام مالك ، وهناك رأيان آخران أنه لا يرجع بشئ؛ أهدي ، أو أنفق ، ولو كان الرجوع من جانبها ، والآخر أنه يرجع في الهدايا ، ولا يرجع في الإنفاق ، ولقد جاء في الشرح الكبير للشيخ الدرديري « أن الأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط لأن الذي أعطى لأجله لم يتم ، أما إذا كان العدول من جهته فلا رجوع له قولاً واحداً » ويلاحظ أنه قيد عدم الرجوع بحال ما إذا لم يكن هناك شرط للرجوع عند تقديم الهدية ، فإن الشرط ينفذ ، وهو لم يكن خادعاً لها بهذا الاشتراط ، وكذلك إذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع ، فإنه يكون كالمشروط فلا يكون ثمة خداع .

وقد أطلق النص الذي نقلناه آنفاً عن مشروع القانون المصري ، فهل إذا صار قانوناً وطبق أيتسع مع هذا الإطلاق لرجوع الخاطب إذا شرط الرجوع عند الإهداء ، ولو كان الرجوع من جانبه ، والجواب عن ذلك أنه يتسع لسببين .

أولها - أن القواعد العامة للقانون المدني أن كل شرط واجب الوفاء إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام ، وذلك الشرط ليس بمخالف للنظام العام .

الثاني - أن المصدر التاريخي للقانون في هذا الجزء هو مذهب مالك ، فيرجع إليه التقيد مطلقاً ، وتفصيل مجمله .

الاسترداد (١) . إن لم يكن هو الذى عدل عن الخطبة ، ولا يجمع على المهدى ألم العدول والغرم المالى ، إن كان العدول من الجانب الآخر ، وبهذا أخذ المشروع الذى أعد برياسة الجمهورية كما نقلنا .

ومذهب الشافعى استرداد الهدايا أبياً كان المهدى ، وإن كانت قائمة ردت بذاتها ، وإن لم يمكن ردها بذاتها ، فبقيمتها . وكذلك الحالكة .

١ - انشاء عقد الزواج

٢٦ - انعقاده : لا ينعقد عقد الزواج إلا بالإيجاب والقبول ، وشروط انعقاده هى الشروط التى يجب تحقيقها عند إنشاء كل عقد ، وهى :

(أ) ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية . فإن كان أحد العاقدين كذلك فعبارته ملغاة لا أثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها ، وناقص الأهلية يصح منه عقد الزواج بالنيابة عن غيره ، وعقده لنفسه موقوف على إجازة من له حق الإجازة . وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ، ويعد السفية مثل كامل الأهلية هنا . ولذلك يصح وينفذ عقد زواجه ، إذ لا حجر عليه فى الزواج وآثاره .

(ب) وأن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب .

(ج) وألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول الآخر ، لأنه إذا رجع الموجب فى إيجابه قبل القبول ألغى ، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ، ويجوز للموجب الرجوع فى الإيجاب ما دام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركنى العقد ، وهما الإيجاب والقبول ، وإذا لم يتم الالتزام فلا إزام لأحد ، فللموجب أن يرجع .

(د) ألا يصدر عن العقد الثانى يعد الإيجاب ما يدل على الإعراض

(١) وقد اقترحت العمل بهذا رأى اللجنة التى ألفت فى سنة ١٩١٥ فى مشروعها الذى أعلنته ، ولم تقدر له الحياة القانونية . كما اقترح العمل بذلك فى المشروع الذى قدم للمكتب الفنى لرياسة الجمهورية ، وقد ذكرنا نضه آنفاً وبيننا حدود النص فى الحامش السابق .

كالفصل بكلام أجنبي ، فإن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض ، فإن قبل بعد ذلك فقد ورد القبول على غير إيجاب ، فلا يلتفت إليه .

هذا ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة رسول ؛ أو بكتاب مكتوب فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب إذا كان الشهود حاضرين وقت وصول الرسالة ؛ فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول ، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك .

(هـ) موافقة القبول للإيجاب ، ولو ضمناً كأن تقول : تزوجتك على مهر قدره مائة فيقول قبلت بمائتين ، فإن العقد يصح ، وتلزم المائة الثانية إذا قبلتها ، وإذا قال تزوجتك على مائة فقالت قبلت على خمسين صح العقد وحط من المهر إذا لم يرد الحط ، وذكر المهر في العقد يجعل العقد غير صحيح إذا لم يقبل المهر ولو ضمناً ، وإذا لم يذكر يصح العقد من غير بيانه .

٢٧ — ألفاظ العقد : إن عقد الزواج لا ينقصد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء أكانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازاً مشهوراً ، وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية ، أم مجازاً وضمنت فيه القرينة ، واستبان المعنى بها ، حتى صار الكلام صريحاً في إرادة الزواج .

وقد اختلف العلماء في هذا تضييقاً وتوسعة ، وقد اتفقوا على أن الزواج يعقد بلفظ النكاح ، ولفظ الزواج ، واختلفوا فيما عدا ذلك ، فالشافعي رضى الله عنه منع عقد الزواج بغير هذين اللفظين ، فلا يعقد النكاح عنده بألفاظ لم تشتق من هاتين الكلمتين ، وحجته في ذلك أنهما اللفظان اللذان يدلان على معنى هذا العقد الخطير ، ولكل معنى شرعى لفظ يدل عليه ، وهذان اللفظان هما اللذان قد ورد عن الشارع أنه استعملهما في الدلالة على ذلك العقد ؛ ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون بلفظ وضع للزواج لا مجاز فيه ، إذ القرائن قد تنحى على الشهود .

والحنفية قد وسعوا في دلالة الألفاظ على هذا العقد ، حتى لقد أجازوا

عقده بلفظ البيع ، وإن قامت القرينة على إرادة الزواج به ، وبين الفريقين كان الحنابلة والمالكية .

٢٨ — ولتوضيح المذاهب في هذا المقام نقول أن الألفاظ طبقات أربع : أولاها — لفظ النكاح والزواج ، وهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ينعقد بها عقد الزواج .

ثانياً — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض ، كلفظ الهبة ، وقد أجاز العقد بهذه الألفاظ أبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ومالك بشرط ذكر المهر لورود هذا اللفظ في القرآن في موضع الزواج ، إذ قال الله تعالى . « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي . إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » ، وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تخفى فيه القرينة .

ثالثاً — الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بعوض . إذا قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز ، وقد اختلف في ذلك فقهاء المذهب الحنفي وبعض المالكية ، ومنع غيرهم ، وحجة المحيزين في ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن به ما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين التي تقتضي حل المتعة كان مستعملاً في حقيقة معنى الزواج فيجوز ، وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج ، فلا يستعمل لفظه فيه .

رابعاً — الألفاظ التي تدل على تمليك المنفعة في الحال ، والصحيح عند الحنفية أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج ، وما عدا هذه الألفاظ لا ينعقد بها النكاح بالاتفاق .

وهل ينعقد الزواج بغير العربية ؟ . إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإن كان الزوجان يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها ، فقد قال الأئمة الثلاثة ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه في تلك اللغة التي اختارها ، لأن التكلم بغير اللغة العربية ليس حراماً ، والأمر لا يعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا في شأن من شئونهما

أو في أهم شئونهما بغير اللغة العربية ، وربما كانت تلك اللغة هي لغتهم الأصلية ، كالأردنية بالنسبة للهنود ، أو التركية بالنسبة للأتراك .

وقال الشافعي لا ينعقد العقد بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهماها ويستطيعاها ، لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية أظلمها الإسلام بحجائه ، وأوجد آثارها ، وترتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين بها ، فكان كالضلالة ، لا تصح ممن يجيد العربية بغير القراءة العربية .

ولقد قال ابن تيمية في هذا المقام ما نصه : « إنه (أى النكاح) وإن كان قرابة فإنما هو كالعتق والصدقة لا يتعين له لفظ عربي ولا عجمي ... ثم الأعجمي إذا تعلم العربية في الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التي اعتادها ... نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما تكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة (١) » .

٢٩ - وإذا كان أحد العاقلين لا يستطيع الكلام فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة المفهمة لمعنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة ، لأن الإشارة أقصى طرق التعبير بياناً عنده .

وإذا كان يحسن الكتابة ففي المذهب الحنفي روايتان إحداهما ، وهي رواية الأصل : أنه لا يصح عقده بالإشارة ، لأن الكتابة أبين دلالة من الإشارة ، ومن يستطيع الأعلى فلا يقبل منه الأدنى ، فلا يقبل منه العقد بالإشارة ، وقد اختار هذه الرواية جمع من المحققين ، وهي معقولة في ذاتها .

وعلى رواية الجامع الصغير يصح عقده بالإشارة ، لأن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب ، فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، فكانت الكتابة والإشارة سواء .

وقد أخذ بهذه الرواية قدرى (باشا) في كتاب الأحوال الشخصية ، ولكن مشروع لجنة ١٩١٥ أخذ برواية الأصل ، وبهذا أخذ المشروع الذي

قدم إلى المكتب الفنى لرياسة الجمهورية فى المادة ٢٢ منه ، وأخذ به من قبل فى القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ١٢٨ .

ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالمكاتبة ، إذا لم يكونا فى مكان واحد ، كما يصح بالرسول ، فيكتب إلى المخطوبة أو وليها كتاباً برسمها أو رسمه ، فتجيب أو يجيب بالقبول على أن يكون ذلك بحضرة شهود يعلمون مضمون كتاب الإيجاب ويشهدون على القبول ، بأن تقول مثلاً زوجت نفسى منه أو قبلت ، وباطلاعهم على مضمون الكتاب . وإسماعهم القبول ، يشهدون على شطرى العقد (١) .

(١) ومثل الكتابة الرسالة الشفوية ، فإنها إذا بلغت الرسالة ، وجب أن تقبل بحضرة شهود فى مجلس العقد ، ولا فرق بين الرسالة الشفوية والرسالة الكتابية فى هذا ، غير أن البحر نقل من المحيط البرهانى ما نصه :

« الفرق بين الكتاب والخطاب أن فى الخطاب لو قبات فى مجلس آخر لم يجز وفى الكتاب يجوز لأن الكلام كما وجد ثلاثى ، فلم يتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس آخر ، وأما الكتاب فقام فى مجلس آخر ، وقراءته بمنزلة الخطاب الحاضر ، فائصل الإيجاب بالقبول » وهذا معناه أن قبولها بحضور الشاهدين مقيد بمجلس الرسول ، فإن لم يكن شاهدان فى المجلس بطل الإيجاب ، لأن الرسالة التى تتضمن الإيجاب انتهت بالتبليغ الشفوى ، فجلس القبول هو مجلس الرسول ، أما الكتاب فإن الإيجاب فيه قائم بقيام الكتاب ، ولا يبطل الإيجاب فيه إلا برد صراحة أو ضمناً ولا يعتبر ذلك إلا بحضرة شاهدين تنتقل إليهما أو تحضرهما فى غير مجلس وصول الكتاب ، ومن الرد الفسمى إذا قرأت الكتاب على الشاهدين ولم تعلن القبول حتى قاما من المجلس . ولكن جاء فى ابن عابدين ما نصه :

« والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة ، ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر فقبلت لم يصح ، لأن رسالته انتهت أولاً بخلاف الكتابة لبقائها ، أفاده الرحق » وهذا معنى جديد لم يتضمنه ما نقل عن المحيط ، فهل المراد أنها إن ردت عند تلاوة الكتاب على شاهدين ، ثم فى مجلس آخر تلت الكتاب وقبلت يعتبر قبولها وينمقد الزواج ، إن ذلك مخالفة للمقررات الفقهية ، لأنه بالرد انتهى الإيجاب ولو مكتوباً ، فهل إذا كانت فى مجلس المعاد ورددت إيجابه ، ثم عادت وقبلت أيعتبر قبولها سبباً على الإيجاب السابق أم يلغى هذا الإيجاب ، ويعتبر قبولها إيجاباً جديداً لابد فيه من قبول ، هذا ما نراه ، وينبئى تخريج المحيط وكلام الرحق عليه ، على أن العبرة فى وصول الكتاب بحال المجلس الذى فيه شهود ، فإن لم تقبل فيه فلا عبرة ، وإن كان مجلس وصول الكتاب مجلس شهود اعتبر المجلس عند الشهود ، فإن لم تقبل فى هذا المجلس فإن الإيجاب يلغى .

٣٠ - صيغة العقد : يشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضي ، والآخر للمستقبل ؛ وأن تكون منجزة ، غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل .

أما الشرط الأول ، فلأن الأصل في صيغ العقود الإسلامية أن تكون بلفظ ماض ، لأن الألفاظ الماضية هي التي تدل على إنشاء العقود في اللغة العربية ، ولفظ الحال أو الاستقبال لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة ، فهو يحتمل المساومة ، والتمهيد ، ولأن الآثار الواردة تثبت أن النبي والصحابه كانوا ينشئون عقودهم بالألفاظ الماضية .

وهذا حكم معلل ، وليس تعدياً ، ولذلك إذا قصد بالألفاظ التي تدل على الحال أو الاستقبال إنشاء العقد ، وقامت القرائن اللفظية القاطعة بذلك . أنشئ العقد .

وقد استثنى عقد الزواج من بين العقود ، فأجيز أن ينشأ بلفظين : أحدهما

= وهذا التوضيح يتبين أن ما نص عليه في أمهات كتب الفقه الحنفي هو أن المجلس المعتبر هو مجلس وصول الرسول أو الكتاب ، بشرط توافر الشهود عند الكتاب ولا تنهى الرسالة بالكتابة إن لم يكن شهود وقت وصول الكتاب وتنتهى الرسالة الشفوية بمجلس وصولها وإن لم يكن شهود .

ولكن يظهر أن ابن عابدين لا يتقيد بهذا التفسير ، ولذلك أصر على وجود الفرق في عقد البيع بين الرسالة بالكتابة وبالرسول ، وقد قال في ذلك ، بعد نقل عبارات المبسوط والهداية وغيرها التي لا تفرق على النحو الذي بينا : وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوط « الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخطاب بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح . وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ، ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح . لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر ، فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبق إلى المجلس الثاني ، وإنما الشهود في المجلس الثاني أحد شرطى العقد » ثم بين ابن عابدين على ذلك أن البيع كالنكاح . ويقول : « وظاهر أن البيع كذلك ، وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل . ونحن نخالف العلامة ابن عابدين في هذا الظاهر ، فنقول إن البيع لا يقاس على النكاح لأن النكاح يحتاج إلى شهود . ولا يلزم أن يكونوا حاضرين وقت وصول الكتاب . فيصح أن ينتظر إلى مجلس الشهود لا إلى مجلس وصول الكتاب . ومضمون الكتاب قائم ببقائه وعدم قبوله أو رده ، أما الرسول فتنتهى الرسالة بالبيع . فلا عبرة بما وراء مجلسه . بخلاف البيع فإنه لا يحتاج إلى شهود . والله سبحانه وتعالى أعلم .

للماضى ، والآخر للمستقبل أو الحال فيجوز أن يقول الخاطب مثلاً زوجنى بنتك . فيقول الآخر قبلت ، أو يقول أزوجك ابنتى فيقول قبلت . وإنما استثنى عقد الزواج ، لأن الذى يمنع الإنشاء إذا كان الإيجاب بصيغة المستقبل هو احتمال المساومة ، وذلك بعيد فى عقد الزواج ، لأنه يسبقه تمهيدات ومقدمات تبعد معنى المساومة ، وتعين إرادة الإنشاء فى الحال

ولأن الصيغة الأولى المذكورة ، وهى زوجنى تدل على معنى التوكيل . وعقد الزواج يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين . فإذا قال الخاطب زوجنى ، وقال الطرف الآخر قبلت كان مؤدى ذلك أن الأول وكل الثانى والثانى أنشأ العقد عن الطرفين بعبارة .

وأما اشتراط التنجيز ، فلأن عقد الزواج عقد ترتب عليه أحكامه فور إنشائه فلا تراخى آثاره عن السب ، وهو الصيغة ، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة فى الإنشاء فى الحال ، والصيغتان المضافة والمعلقة لا تفيدان ذلك ، إذ الصيغة المعلقة تفيد إنشاء العقد فى المستقبل عند وجود أمر يمكن أن يكون ، ويمكن ألا يكون ، والصيغة المضافة إلى المستقبل تنشئ العقد فى الحال . ولكن تؤخر الأحكام إلى زمن مستقبل ، وكلتاها لا تتفق مع حقيقة الزواج الشرعية ومع خطره وشأنه ، إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد ، وربما لا يوجد ، ويمثل هذا الرضا الاحتمال لا ينشأ العقد ، ثم الزواج عقد لا تراخى أحكامه عن أسبابه فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل ، لأن ذلك يقتضى تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية (١) .

٣١ - تأييد عقد الزواج : وصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت وألا يقترب بها ما يدل على التأقيت صراحة ، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

(١) لقد جاء فى إعلام الموقعين ما يفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح ، ففيه ما نصه : « نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح » ج ٣ ص ٢٣٨ .

ولقد حكم الفقهاء ببطلان نوعين من العقود لتنافيهما مع التأييد ، وقد كان هذان العقدان معروفين في الجاهلية ، وهذان العقدان هما المتعة والنكاح المؤقت .

أما عقد المتعة فصورته أن يقول أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال ، وقد قيل إن النبي صلى الله عليه وسلم سكت عنها في غزوة أو أكثر غزاها ، واشتدت فيها على الناس العزوبة ثم ثبت ثبوتاً قاطعاً أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عنها ، ونسخ هذه الإباحة وثبت ذلك بطريقة تبلغ حد التواتر ، فقد أثر عنه أنه نهي عنها ست مرات في مناسبات ليؤكد النسخ والإلغاء .

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ، إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلاً (١) ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه لم يكن زواجاً بإجماع علماء المسلمين ، والله سبحانه وتعالى قال في وصف المؤمنين « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » والمعقود عليها عقد متعة

(١) قد خالف الجمهور الإمامية الإثنا عشرية من الشيعة ، فحكوا بحله ، وروى عن ابن عباس أنه أحله في مثل هذا الحال التي أباحها النبي صلى الله عليه وسلم أولاً ، وقد احتج الذين أباحوه بخبر الحل ، وقوله تعالى : « فااستمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن » ورد الاستدلال بأن موضوعها الزوجيات ، وقد قال صاحب سبل الكلام في تقرير مذهب الإمامية : « حقيقة المتعة عند الإمامية النكاح المؤقت بأمد معلوم أو مجهول وغايته خمسة وأربعون يوماً ، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المؤقت به ، وعده في ذات الحيف بحيفتين ، وإن توفى عنها بأربعة أشهر وعشر ، ولا نفقة فيه ، ولا توارث » . هذا ما جاء في سبل السلام ، ولم نجد هذا التحديد بخمسة وأربعين يوماً في كتب الإمامية ، وتخص المتعة بأحكام ليست من أحكام الزواج عندهم ، فإنه يصح عندهم المتعة الكتابية مع أن زواج الكتابية لا يجوز عندهم ، ويجوزون مقعة الأمة على الحرة مع أن زواج الأمة على الحرة لا يجوز ، وكل شرط فيها جائز ولاحد للمهر ، وإذا أخلت ببعض المدة سقط من المهر ما يقابلها ، ويلحق به الولد ، ولكن لو نفاه اثني بلالمان ، ولا يقع فيها طلاق ولا ظهار ولا ميراث لها ، وإن شرط ، وتعتمد بأمد الأجلين بحيفتين أو خمسة وأربعين يوماً ، وفي الموت عتبتها كعدة الزوجية .

وحجة الجمهور قائمة بثبوت النسخ قطعاً ، ويقولون تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم » ومن المتفق عليه أن المعقود عليها في المتعة ليست زوجة ، لقد قال علي : « لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجعت بالحجارة » . وقال لابن عباس : « إنك امرؤ تائه ، إن الله صلى الله عليه وسلم نهي عن متعة النساء » وروى عن ابن عباس أنه كف عن الإفتاء بالحل .

ليست زوجاً باتفاق علماء المسلمين حتى الشيعة . فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث .

وأما النكاح المؤقت فهو الذى ينشأ بلفظ من الألفاظ التى يعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر .

وقد قال جمهور الفقهاء : إن الزواج المؤقت باطل ، لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه ، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المتعة ، واقتران الصيغة بما يدل على التوقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج ، والعبرة فى إنشاء العقود للمقاصد والمعانى ، لا للألفاظ المهردة والمباني .

ولقد جاء فى كتاب تبين الحقائق للزيلعى ما نصه ، « وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قال إذا ذكر فى العقد مدة لا يعيش مثلها إليها صح النكاح ، لأنه فى معنى المؤبد » .

ولكن الراجح المروى عن أبى حنيفة هو أن العقد باطل ، طالبت المدة أو قصرت لأن الصيغة بتوقيتها صارت غير صالحة للإنشاء .

ولقد قال زفر بن الهذيل من أصحاب أبى حنيفة ، إن النكاح المؤقت ينتقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت ، وذلك لأن الصيغة فى ذاتها صالحة لإنشاء العقد ، ولكن اقترن بها شرط فاسد ، وهو ما يدل على التوقيت ، ومن المقرر فى القواعد الفقهية العامة أن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، ومثل اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت بالزمن ، كمثل ما إذا ذكر شرطاً تنفيذه يؤدى إلى تحديد أمد الزواج مثل أن يقول تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر ، فقد اتفق الحنفية على أن الزواج فى هذه الحال يكون صحيحاً ، ويكون الشرط باطلاً لاغياً ، فكذلك عند زفر إذا ذكر زمناً صريحاً كأن يقول تزوجتك على أن يكون الزواج لمدة سنة . فيلغى الشرط وينتقد الزواج مؤبداً .

فزفر إذن يفرق بين النكاح المؤقت والمتعة من حيث إن المتعة يكون العقد فيها بلفظ أتمتع فلا توجد صيغة زواج ، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ الزواج ونحوه ، ولهذا يصح الثانى ، ويبطل الأول .

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون في الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة ، من حيث إن المؤدى واحد في كليهما .

٣٢ — تولى عاقد واحد صيغة الزواج : الأصل في العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان ينشئ أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، ولا يجوز أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين في العقود المالية إلا في أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لابنه ، أو أن يشتري من ابنه الذي هو في ولايته .

ولقد اختص عقد الزواج من بين العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد ، يقوم مقام عاقدين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من كلا الجانبين ، ولم يكن فضولياً بالنسبة لأحدهما .

وتكون له الولاية من الجانبين :

(أ) إذا كان وكيلا عن الرجل والمرأة .

(ب) أو كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب ، كأن توكله في أن يزوجه من نفسه .

(ج) أو يكون ولياً من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي هو حفيدته أيضاً . وكلاهما في ولايته .

(د) أو يكون ولياً من جانب ووكيلا من جانب آخر . كأن يوكل رجل آخر حفيدته أيضاً ، وكلاهما في ولايته .

(هـ) أو يكون ولياً من جانب وأصيلا من جانب آخر ، كأن يزوج نفسه من ابنة عمه التي هي في ولايته .

ففي هذه الصور الخمس لم يكن فضولياً من أى جانب ، بل كانت له الولاية إما بالأصالة ، أو بالشرع ، أو بالتوكيل .

٣٣ — هذا رأى الطرفين : أبى حنيفة ، ومحمد ، وخالفهما الشافعى وزفر ، فلم يجز أن يتولى شخص واحد العقد من الجانبين بعبارة واحدة واستثنى الشافعى من المنع تزويج الجدة الحفيدة من حفيدته إذا لم تكن بينهما

(م ٤ - الأحوال الشخصية)

علاقة محرمة ، كما تخالفهما أبو يوسف فأجاز أن يتولى شخص العقد عن الطرفين ولو لم تكن له ولاية ، كفضولى يعقد عنهما أو يكون فضولياً بالنسبة لأحدهما . فإن العقد يصح بعبارة ويكون موقوفاً على إجازة تصرف الفضولى .

وحجة الشافعى وزفر أن العقد يفيد إثبات التزامات وحقوق تثبت لكل طرفيه ؛ وهذا يقتضى طرفين ، إذ لا يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً بشيء واحد في وقت واحد ، ومن جهة أخرى فإن النكاح ككل عقد لا يتم إلا بإرادتين إحداهما موجبة والأخرى قابلة ، وهما صفتان متقابلتان لا يمكن أن تقوموا بشخص واحد في حال واحدة .

وحجة من أثبت انعقاد العقد من الجانبين بصيغة واحدة ، ورود آثار تولى فيها شخص واحد العقد من الجانبين . من ذلك ما يروى أن عقبة بن عامر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وقد وقع ذلك بعد النبي من بعض الصحابة أيضاً . ولم يستنكر جمهورهم ، ويرى أن قوله تعالى « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤسرنهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » قد نزل في يتيمة في حجر وليها ، وهى ذات مال ، فلم يذكر سبحانه وتعالى يطلان العقد ، ولكن بين لهم أنه لا يحل عدم إعطاء المهور ، فكان ذلك تقريراً ضمناً لصحة العقد .

وإن النائب سواء كان وائياً أم كان وكيلاً لا ترجع في الزواج حقوق العقد ولا أحكامه إليه بل هو كما يقول الفقهاء سفير ومعبر ، فلا يكون مطالباً وملزماً لشيء واحد أو أكثر . ثم هو ما دام معبراً عن كلا الطرفين ، فقد صارت عبارته تحمل في ثناياها عبارتين ، وتصلح لإيجاد هذه الحقيقة الشرعية ، من غير أى مناقضة لأصل شرعى ثابت .

وقد احتج أبو يوسف في إثبات انعقاد العقد بعبارة واحدة ، ولو كان فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتين ، وهى تعبر عن شخصين ، وإن لم تكن ثمة ولاية عن أحدهما أو عن كليهما ، فيعقد العقد ، وأثر الفضول إنما يكون

في النفاذ ، فينفذ إن أجازته من لم يعط العاقد توكيلا ، وإلا بطل ، ككل عقد موقوف على إجازة من له حق الإجازة .

والنكاح في نظر أبي يوسف كالخلع . وكما أن الخلع قد يثبت من الزوج في غيبة زوجته ، كأن يقول إن قبلت أن تترك مؤخر الصداق طلقها ، وهي غائبة ، فإنه ينفذ إن إجازته ، ويكون قد قام بعبارة واحدة ، ولم يكن نائباً عن أحد طرفيه ويثبت الزواج ، كذلك أيضا بالقياس على الخلع وقد صح الخلع في هذه الحال باتفاق فقهاء الحنفية

وحجة الطرفين في عدم انعقاد العقد بعبارة واحدة إن لم يكن بولاية عن الجانبين — أن الأصل ألا ينفذ إلا بعبارتين متقابلتين من شخص ، ولكن تقوم العبارة مقام العبارتين إذا قام الدليل مقدماً على أنها قائمة مقامهما ، وكانت الولاية سابقة على الإنشاء ، فتصدر العبارة حينئذ وهي محملة بهذين المعنيين المتقابلين ، فإن لم تكن الولاية سابقة فقد صدرت وهي لا تحمل إلا معنى واحداً ، إذ ليس للشخص الواحد أن يجعل عبارته دالة على معنيين متقابلين ، وعلى ذلك إذا صدرت العبارة فإنما يكون شطر العقد قد وجد ولم يوجد الشطر الثاني فلا وجود للعقد ، حتى يقبل الإجازة .

ولا يقياس النكاح على الخلع مع الزوجة إذا كانت غائبة لأن الخلع من الزوج يمين ، أي تعليق الطلاق على قبول المال ، وتعليق الطلاق ليس عقداً ، ويجوز في حضرة المرأة وغيبتها ، وقبولها ليس إجازة ، ولكنه وقوع معلق للطلاق عليه ، ففرق بين المتيقن .

شروط الزواج

٣٤ - تنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام — شروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم ، أما شروط الصحة ، فهي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجوداً وجوذاً يحترمه الشارع ، وتثبت فيه الأحكام التي ناطها بالعقد .

وشروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كل عاقيه بغير وجودها . ويستمر العقد موقوفاً إذا لم تتوافر هذه الشروط ، حتى تكون الإجازة ، فيكون النفاذ .

وشروط اللزوم هى الشروط التى لا يلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها ،
وبغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد .

شروط صحة العقد

٣٥ - يشترط لصحة الزواج شرطان : (أحدهما) حضور الشاهدين ،
(واثنيهما) أن تكون المرأة محلاً للعقد ، بأن تكون غير محرمة على الرجل
مؤقتاً أو مؤبداً .

ولنتكلم فى كل واحد من هذين الشرطين ببعض التفصيل ، أما شرط
الشهادة فقد اتفق فقهاء المسلمين فى كل العصور على أن الغاية منه شهر الزواج
وإعلانه بين الناس ، فإن فرق ما بين الحلال والحرام الإعلان ، كما وردت
بذلك الآثار ، وكما تعارف الناس من وقت أن عرفوا شريعة الزواج إلى الآن ،
ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أعلنوا النكاح ، ولو بالدف » . ولقد قال
أبو بكر الصديق « لا يجوز نكاح السر ، حتى يعلن ويشهد عليه » .

ولكن هل تعتبر شهادة اثنين للعقد كافية للإعلان من غير حاجة إلى
إعلان غيرها ، ولو توأصيا بالكتمان ؟ إن الأقوال فى ذلك ثلاثة

القول الأول - هو قول أبى حنيفة إن الشهادة وحدها هى الإعلان ،
ولو توأصى الشاهد بالكتمان ، وهذا رأى بعض الفقهاء ، وحجتهم ما استفاض
من الأخبار من اشتراط الشهود ، وتعينهم طريقاً للإعلان وحدهم ، فقد روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بشهود » وروى عائشة أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل ، فإن
تشاجروا ، فالسلطان ولى من لاولى له » .

وإن الشارع باشرطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان ، ولم يترك أمره
من غير حدود ورسوم ، بل وعينه بالشهادة . فكانت هى الحد المرسوم ،
وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان ، ولو توأصوا
بالكتمان ، لأن السر لا يكون بين أربعة ، بل هو الجهر . ولذلك
يقول القائل :

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفى

وإن نفي النبي صلى الله عليه وسلم النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر لا بد منه وأنها كافية للإعلان .

القول الثاني - وهو المشهور عند مالك أن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد ، بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان ، والشهادة شرط لحل الدخول ، أى أنها ليست شرطاً للانعقاد ، ولكنها شرط لترتيب الآثار ، والشهادة وحدها لا تكفى للإعلان ، وأن الشاهدين إذا تواصيا بالكتمان لا ينشأ العقد ، بل لا بد من توافر الإعلان للانعقاد . ثم تعين الشهادة لترتيب الآثار

القول الثالث - أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد ، من غير حاجة مطلقاً إلى تعيين الشهادة حداً مرسوماً للإعلان ، ومن غير اشتراطها لترتيب الآثار ، لأن القصد هو الإعلان ، وهو فرق بين النكاح .

وهذا قول عند مالك رضى الله عنه . وقول عند أحمد ، ولكن المشهور عن أحمد أنه مع الجمهور .

وهناك قول شاذ ذكره ابن رشد عن أبي ثور وبعض الفقهاء أن الشهادة ليست شرطاً من شروطه ، ولكنه لم ينف الإعلان . بل أوجبه وأجازه بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول قبل الدخول ، فهو شرط الإعلان كبعض المالكية ، والفرق بينه وبينهم أنهم يشترطون الإعلان عند وجود الصيغة . وهذا يجيزه بعدها قبل الدخول .

٣٦ - وقد احتج لمالك رضى الله عنه في المشهور عنه ، وهو القول الثاني بما ورد من الآثار السابقة الدلالة على وجوب الإعلان ، وبأن الكتاب الكريم لم يشترط الشهادة في عقد انعقاد الزواج . ونصوص السنة ليست صريحة في الإلزام بها وحدها في الإعلان عند الانعقاد ، ولأن الرسول جعل مناط الصحة هو الإعلان في قوله صلى الله عليه وسلم : « أعلنوا النكاح ولو بالدف » .

ولقد قال يزيد بن هارون « أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد في البيع (١)

(١) وذلك في قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » .

دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوها للبيع .

وأما الشهادة فلورود النصوص بها اشترطت لترتيب الآثار . لا للانعقاد ، وليست صريحة في طلبها للانعقاد ، فكانت شرطاً لترتيب الآثار فقط .

٣٧ - ويشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين ، كما يشترط فيها الحرية والبلوغ والعقل ، وسماع كلام العاقلين وفهمه ، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، ولا يشترط البصر ولا العدالة عند الحنفية .

ولنعرج ببعض التفصيل لهذه الشروط :

١ - أما الشرط الأول وهو العدد فقد ثبت بالنص ، وهو نصاب الشهادة المعروفة للإثبات في غير بعض الحدود ، فأولى أن يكون نصاب الشهادة التي يكون الغرض منها الإعلان ، والنصاب أن تكون برجلين أو تكون برجل وامرأتين ، فإن شهادة النساء وحدهن لا تجوز عند الجمهور في غير مسائل استثنائية ، ولأن النساء وحدهن لا يكفين للإعلان ، لأن المرأة المسلمة لا تغشى المجالس والمحافل ، فالإعلان لا يثبت بشهادة النساء وحدهن (١) ويكون إعلانهن بين النساء وحدهن ، وإن كان مع النساء رجل ، فإن الإعلان يتوافر بالرجل والنساء معاً .

وأما البلوغ والعقل والحرية فلأن عقد الزواج عقد له خطر وشأن ، فلا يحضره إلا ذوو الاعتبار من الناس ، ولا يشيع إلا بأقوالهم ، ولأن الشهادة في الإسلام ولاية ، ولا ولاية لمؤلاء على أنفسهم ، فلا تثبت لهم شهادة على غيرهم (٢) واشترط السماع والفهم ليتحقق الإعلان ، والأخبار وذبوع العقد بين الناس وحضور الأصم أو من لا يفهم معاني العبارات التي نشأ بها العقد ، كفيته فلا يعتبر قد شاهد وعان ، لأنه لم يعلم شيئاً .

(١) في رواية مشهورة في مذهب أحمد ، وفي مذهب الشافعي أن شهادة الزوج لا تكون إلا برجلين ، فلا تكون برجل وامرأتين .

(٢) مذهب أحمد جواز شهادة العبد ، واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة في نفيها ، ونقل عن أنس أنه قال : ما علمت أحداً رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة .!!

— ٥٥ —

والإسلام شرط في زواج المسلمين ، لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بينهم ، ولأن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بمقتضى حكم الإسلام . ولأن لعقد الزواج اعتباراً دينياً ، فلا بد أن يكون الحاضرون فيه الدين يمتضى الزواج بشهادتهم من أهل العبادة الإسلامية .

وإذا كانت الزوجة كتابية والزوج مسلماً . فقد قال محمد وزفر والشافعي وأحمد : لا تجوز شهادة الكتابيين ، بل لابد من شهادة المسلمين ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يصح العقد بشهادة الكتابيين .

ودليل الأولين أن الزواج هو زواج مسلم ، فلا بد أن يذيع بين المسلمين وذلك بحضور الشاهدين المسلمين ، ولأن الشهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزوج والزوجة معاً ، فإذا جازت شهادة غير المسلمين فقد كانت على المسلم وغير المسلم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم كما بينا .

ووجهة نظر أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشهادة في الزواج على المرأة ، وهي كتابية ، فتجوز شهادة الكتابيين عليها .

٣٨ — وأبو حنيفة وأصحابه لا يشترطون العدالة في شهود النكاح ، واشترطها الشافعي وأحمد في رواية عنه .

واستدل من اشترط العدالة بثلاثة أدلة :

(أولها) قوله صلى الله عليه وسلم : لانكاح إلا بولي مرشد ، وشاهدي عدل . فالعدالة شرط بنص الحديث الذي اشترط لزومها .

(ثانياً) أن الشهادة في النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير ، ولا كرامة للفساق .

(ثالثاً) أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والإعلان ، وهي الإثبات عند الجحود ، فلا بد أن يكون الشهود من الصالحين لأداء الشهادة ، بأن يكونوا عدولاً مقبولي الشهادة .

وقد استدل الحنفية لرأيهم في عدم اشتراطها (١) بأن الغرض من الشهادة هو الإعلان ، وهو يتحقق بحضور الفساق ، كما يتحقق بحضور الأبرار

(٢) وبأن الفاسق أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه ، ولأن هو في ولايته فأولى أن يشهد عليه ، لأن الشهادة عليه دون إنشائه ، وقد ملك الإنشاء فيملكها بالأولى (٣) وبأن الفاسق أهل لأن يتولى أمر العامة ، فأولى أن تكون له ولاية في ذلك الشأن الذي هو دونها بلا ريب .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام أن الفاسق إنما يقبل حضوره في الزواج ويعتبر شاهداً فيه ، إذا لم يكن في حال تلبسه بالفسق ، وذكر أن العبيد لا تقبل شهادتهم لعظم شأن العقد ، ثم قال : « وعلى اعتبار الأولى تنفى شهادة السكران حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصبح ، وهذا الذي أدين به » ثم يقول في موضع آخر : « فالحق صحة العقد بحضرة فساق ، لافي حال فسقهم » .

٣٩ - هذا ويلاحظ في الشهادة في الزواج أمران :

(أولهما) أنه يجوز عند الحنفية أن يكون الشهود من آباء الزوجين أو فروعهما ، لأن الشهادة للإعلان للإثبات ، وإنما ترد شهادة الفروع لأصولهم ، والأصول لفروعهم في الإثبات فقط لأجل التهمة ، وهنا ليس الغرض الإثبات .

(وثانيهما) أنه إذا كان أحد العاقدين يعقد بالوكالة في حضرة الأصيل أو الولي الذي وكله فإنه يعتبر أن الموكل هو الذي باشر العقد ، وإن كان الذي عبر هو الوكيل ، ولأمانع من أن يعتبر المعبر - من الشهود إذا احتاج نصاب الشهادة إليه ليكمل العدد ، مثال ذلك :

(١) أن توكل الزوجة رجلاً يتولى العقد ، ثم تحضر في أثناء إنشائه ، فإنه يصبح العقد إذا كان الوكيل معه شاهد آخر ، ولا يقال إن العقد قد عقد بحضرة شاهد واحد ، فقد اعتبرت المرأة قد باشرت العقد ، والوكيل والآخر كانا شاهدين .

(ب) إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد ، ثم حضر الولي لإنشاءه ، فإنه يعتبر هو المنشئ ، ولأمانع من اعتبار الوكيل شاهداً ، فيكتفى بشهادته مع آخر .

٤٠ — عقد الزواج عقد شكلي : يقسم فقهاء القانون العقود إلى قسمين :

(أ) عقود رضائية تم ويعترف بها القانون ، ويرتب أحكامها ، ويظلها بحمايته بمجرد تحقق تراضي الطرفين ، وتوافق إرادتهما .

(ب) وعقود شكلية ، وهي التي لا يعترف القانون بها ولا ترتب أحكامها ولا يظلها بحمايته بمجرد التراضي عليها ، بل يشترط شروطاً أخرى لترتيب الأحكام وحمايتها ، وتنفيذها ، كالرسمية في بعض الهبات .

وعقد الزواج ، كما رأيت ينفي الشارع اعتباره ، ولا يرتب أحكامه ، ولا يظلها بحمايته بمجرد تراضي الطرفين عليه ، بل لابد من الشهر والإعلان بالشهادة على مذهب الجمهور ، وبغيرها معها على المشهور عند مالك رضي الله عنه ، فهو إذن عقد شكلي ؛ وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء .

ولاجدوى في أن يقال أن الشهادة في النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد ، لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة ، ولأنه على رأى اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامى بوجود العقد ، ويرتب الأحكام عليه مجرداً إذا لم ينشأ بشهادة الشهود (١) .

٤١ — محلية المرأة للزواج : تكلمنا ببعض التفصيل في شرط الشهادة ،

أما الشرط الثانى للصحة . وهو ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، فلا نتكلم هنا في تفصيله وبيان المحرمات ، بل نترك بيان ذلك لباب قائم بذاته — لما له من الشأن في أحكام الزواج .

وهنا نتكلم عن كون هذا الشرط شرط صحة أو شرط انعقاد . وكلام الفقهاء في ذلك .

قد يقول قائل : لقد ذكر الفقهاء أن حل المرأة للرجل شرط صحة مع أن المرأة محل العقد ، وقد يكون المعقول أن يكون ذلك شرط انعقاد لا شرط

(١) راجع البحث مفصلاً في كتابنا «الملكية ونظرية العقد» — الناشر : دار الفكر العربى .

صحة ، لأن شروط الانعقاد إن تخلفت لم يكن للعقد وجود ، وشروط الصحة إن تخلفت يكون العقد موجوداً ، ولكن يكون فاسداً .

وإن الجواب عن ذلك الاعتراض هو أن التفرقة بين شرط الانعقاد وشرط الصحة لها جدواها بالنسبة لعقود المعاملات المالية ، لأن المذهب الحنفى يقرر فيها تفرقة جوهرية بين الباطل من العقود والفساد ، وأنه إن تخلف شرط الانعقاد كان العقد باطلاً ولاوجود له ، وإن تخلف شرط الصحة كان له وجود ، ولكنه يكون فاسداً .

أما النكاح فإنه من المقرر عند كثيرين من الحنفية ، والجارى على عباراتهم في كتبهم أنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل ، وباطله فاسد ؛ لأن الشارع لا يعترف لكليهما بوجود على ماسبين ، ولقد لاحظنا هذا المعنى فتكلمنا عن الانعقاد في الصيغة ، ومن يتكلم بها ، باعتبار أن هذه هي العناصر المكونة للإيجاب والقبول . ثم تكلمنا بعد ذلك في موضوع الإيجاب والقبول ، وشرطه ، وسمينا القسم الأخير شروط صحة ، باعتبار أنه ليس من العبارة المكونة المنشئة .

شروط نفاذ العقد

٤٢ - يشترط لنفاذ العقد . أن يكون الذى تولى إنشاءه له ولاية إنشائية ، فإذا كان الذى تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح نافذ ، وكذلك إذا عقد لمن هو فى ولايته ، أو من وكله فى إنشاء العقد فى كل هذه الأحوال كانت له ولاية الإنشاء بالأصالة فى الأولى ، وبالولاية الشرعية فى الثانية ، وبالكافة فى الثالثة .

وإذا لم يكن للعاقدة ولاية الإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية . أو لأنه كامل الأهلية ولكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع ، أو بغير توكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذاً ، بل يكون موقوفاً ، ولذلك يشترط فى النفاذ أن يكون العاقدة عاقلاً بالغاً ، يعقد لنفسه ، أو لمن هو فى ولايته ، أو لمن وكله ، فإذا كان العاقدة ناقص الأهلية فعقده موقوف ، وكذلك إذا عقد

كامل الأهلية عن غيره بغير إنابة ، يكون فضولياً . ويكون عقده موقوفاً على إجازة غيره .

هذا ويلاحظ أمران (أحدهما) أنه لا يشترط في نفاذ العقد الرشد ، فيصح عقد الزواج وينفذ من السفه ، ولو كان محجوراً عليه ، وكذلك ذو الغفلة ، وذلك لأن موضوع الحجر في السفه وذو الغفلة هو التصرفات المالية ، وأما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ، ولكن لا يثبت من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفه هو الزوج ، ويثبت لها مهر مثلها على الأقل إذا كان السفه هو الزوجة .

(الأمر الثاني) أن مذهب أبي حنيفة ورواية عن أبي يوسف أن المرأة لها كامل الولاية في شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإيجاب مادامت بالغة عاقلة ، كما أن العقد يصح بعبارتها وينشأ ، وإن كان الأحب والأحسن أن توكل عنها ولها العاصب في شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ، وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وإن لم يكن للولي عليها الإيجاب ، فهو يشترك معها في اختيار زوجها ، وهو يتولى مباشرة العقد ، ولذلك الموضوع فضل من البيان سنذكره عند الكلام في ولاية الزواج .

شروط اللزوم

٤٣ - عقد الزواج عقد لازم في أصل حقيقته ، ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ، ونقصه بفسخه نقض العقد من أصله . والطلاق ليس نقضاً للعقد من أصله ، بل هو إنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التي يملكها الزوج بمقتضى العقد لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد .

وإنما كان عقد الزواج في أصل شرعته لازماً ، لأن المقاصد الشرعية التي نيطت به لا يمكن تحقيقها إلا مع لزومه ، إذ العشرة الزوجية الصالحة ، وتربية الأولاد ، والقيام على شئونهم من أحكامه . وهي أحكام لا تتفق إلا مع اللزوم ، وقد كانت شرعية الطلاق عندما تفسد الحياة الزوجية ولا يمكن

الإمساك بالمعروف ، ويكون بقاؤهما ظلماً ، وتلك أحوال عارضة ، فلم يكن الطلاق مشروعاً في الدين بإطلاق على ما سئلين إن شاء الله تعالى .

ولكن عقد الزواج عند إنشائه ربما لا تتوافر فيه كل عناصر الرضا الصحيح كأن تكون خديعة ، أو لم يكن أولياء الزوجة على علم تام بحال الزوج ، أو لم تكن هي كذلك على علم تام ، ثم يتبين أنه دونها كفاءة ، ففي هذه الأحوال وأشباهها يكون للعاقد الذي لم يكن رضاه على أساس صحيح - حق الفسخ ، وكذلك يكون لولي الزوجة حق الفسخ - ، إذا كان في الزواج ماعتبر به الأسرة ، وكان ذلك كله سيراً على القاعدة الفقهية التي تقرر أن كل عيب في الرضا يجعل للعاقد الحق في الفسخ ، لكي يكون استمرار العقد من بعد ذلك على أساس الرضا الصحيح الكامل .

لهذا كله قد ينشأ العقد وتترتب أحكامه التي لا تراخي عن سببه ، ومع ذلك يكون غير لازم ، ولقد قالوا إن شروط الزوم في المذهب الحنفي هي :
(١) ألا يكون الولي الذي يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها - غير الأب والجد والابن . فإذا كان المزوج للمجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد والابن ، فإنه عند إفاقتها يكون لها خيار الإفاقة ، فيكون لها حق فسخ العقد ، ولو كان بالكف ومهر المثل ، كما هو مقرر ثابت وذلك لأنه وإن كان العقد ظاهر المصلحة ، يكون للمولى عليه حق الفسخ لاعتبارات أخرى نفسية لاتضمن ملاحظتها من الولي .

وسيتبين ذلك كاملاً عند الكلام في ولاية الزواج .

(ب) ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير إشراف وليها في أمرها ، فإنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل فإن ولي العاصب له الاعتراض على الزواج حتى يفسخ أو يكمل مهر المثل ، وذلك على رأى أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن الولي العاصب يعبر بثمة مهر من لها صلة عصبية به ، ويفخر بكثرته ، كما هو جار في عرف الناس .

(ج) ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفاء ، وإلا كان لوليها حق الفسخ بالاعتراض على الزواج ، ورفع الأمر إلى القاضي بطلب فسخه على تفصيل وأقوال كثيرة سنبينها عند الكلام في (الكفاءة) ولكن الراجح في المذهب الحنفي ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة من أن العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفاء يكون الزواج غير صحيح .

(د) ألا يكون قد شاب العقد تغير فيما يتعلق بالكفاءة بأن نسب نفسه لغير قبيلته ، ثم تبين أنه دونها نسباً ، وأنه من هذه الناحية ليس كفواً ، ففي هذه الحال يكون لها حق الفسخ كما لوليها ، وكذلك إذا اشترطت عند الزواج أن يكون كفواً ، ثم تبين أنه ليس بكفاء ، وهكذا كل تجهيل يتصل بالكفاءة يكون من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة لها إذا تبين أنه دونها . وإذا كان هذا التغير في النسب لا يؤدي إلى نقص كفاءته ، ولكنها لا ترضاه بأن ذكر لها نسباً ، وتبين أن نسبه دون هذا ، ولكنه كفاء لها ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ ، لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح . وخالف في ذلك زفر وقال : ليس لها حق الفسخ ، كما أنه ليس له حق الفسخ إذا انتسبت إلى غير نسبها ، ولكن الفرق واضح ، لأنه يملك التخلص بالطلاق ، وهي لا تملك وهو لا يعبر بزواجها ، وهي تعبر بزواجها ممن دونها ، وتفخر بزواج أعلى منها .

٤٤ - وقد اشترط بعض الكتاب للزوم العقد ألا يكون بالزوج عيب مستحكم لاتعيش معه الزوجة إلا بضرر ، فإن لها أن تطلب التفريق من القاضي ويفرق بينهما إن ثبت له ذلك ، وإن ذلك الشرط ربما يكون مقبولا إلى حد في بعض الأحوال على مقتضى مذهب أحمد بن حنبل الذي يعتبر التفريق للمعيب فسخاً على نظر في ذلك . ولكنه لا يستقيم مطلقاً على مذهب مالك الذي يعتبر ذلك التفريق طلاقاً . لأن الطلاق إنما هو إنهاء يحتسب من عدد الطلقات لافسخ لا يحتسب . ويملكه القاضي بالنيابة القانونية عن الزوج لأن الزوج كان يجب عليه أن يطلق لأنه إذا فات الإمساك بمعروف تعين عليه التسريح

بإحسان ، وهو الطلاق ، ولما لم يطلق قام القاضي مقامه فيه فطلق عليه طلاقاً بائناً محتسباً مما يملك من الثلاث ، وهذا النظر أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فاعتبر تفريق القاضي للغيب المستحكم طلاقاً بائناً محتسباً من عدد الطلقات .

٤٥ - هذا ومن المقرر أن الزواج لا يدخله خيار العيب ولا خيار الرؤية ، وفي خيار الشرط كلام في المذهب الحنبلي ، وإنما كان لا يدخله خيار العيب ولا الرؤية لأن الزواج يفرض فيه أن الرجل والمرأة كلاهما عرف صاحبه معرفة تامة من كل الوجوه من الناحية الجنسية الظاهرة ، وإذا كان الشارع يفرض ذلك ، فهو لم يقرر فيه خياراً من هذه الخيارات .

فإذا ظهر عيب كان خفياً ، ولا يمكن معه إقامة عشرة صحيحة ، أو لم يكن عند الزواج عيب ، ثم كان العيب المستحكم الذي يكون معه ضرر العشرة الدائمة ، ففي هذه الحال يكون للزوجة حق طلب التفريق من القاضي ، ويفسخ أو يطلق بناء على ذلك ، وهل يكون معنى هذا أن خيار العيب يدخل عقد الزواج ؟ يظهر لى أن هذا لا يعد من التفريق لخيار العيب ، وإنما يعد من التفريق للضرر ، بدليل أن ذلك الحق لا يثبت في العيب الذي كان قائماً وقت الزواج فقط بل يثبت أيضاً في العيب الذي يعرض بعد ذلك ، مع أن الخيارات التي يثبتها الفقه الإسلامي يجب لتحقيق معناها أن يكون سببها قائماً وقت إنشاء العقد ، فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائماً وقت العقد ولا يعلمه ، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب في البيع ونحوه مستنداً إلى وقت العقد أى أنه يعود عليه بالنقص لنقصان الرضا وقت الإنشاء ، وليس الأمر كذلك في التفريق للعيب في الزوج ، إذ أنه يثبت من وقت حكم القاضي به فحتى على رأى من يقول إنه فسخ لا طلاق - هو إنهاء للزواج وإن لم يعد في الطلقات ، وهذا ظاهر كل الظهور بالنسبة للعيب الطارىء بعد تمام العقد .

أما العيب الذي كان ثابتاً وقت العقد ، فإن سبب الفسخ يكون قائماً من وقت إنشائه ، وإن تأخر العلم ، ويكون العقد غير لازم بالنسبة لها ، ولكن عند التفريق ، لا يكون التفريق مستنداً إلى وقت العقد كالتفريق لخيار العيب بل يكون ثابتاً من وقت الحكم ، ولذلك ترتب الآثار إلى ما قبل الحكم فتعجب

الثقة اتفاقاً ويثبت المهر كله بعد الدخول أو بعضه قبله على قول الأكثرين وهكذا .

هذه شروط الزواج لصحته ونفاذه ولزومه قد فصلنا بعضها ، وكنا قد تركنا ما يحتاج تفصيله إلى شرح وإيضاح ، وهو كون المرأة حلاً للرجل والولاية والكفاءة ، ولنبين ذلك الآن .

المحرمات

٤٦ - المحرمات قسمان : (١) محرمات على وجه التأييد ، لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبداً ، وهن اللائي كان سبب تحريمهن وصفاً غير قابل للزوال كالبنوة والأخوة ، والعمومة ، وهكذا . (٢) ومحرمات تحريماً مؤقتاً ، وهن اللائي يكون سبب تحريمهن أمراً قابلاً للزوال ، فيكون التحريم ما بقى ذلك الأمر ، ككونها زوجة للغير ، وكونها مشركة ، أو كونه غير مسلم ، فإن هذه أمور قابلة للزوال ، فإذا زالت زال التحريم .

والمحرمات على التأييد ثلاثة أنواع (١) محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاعة ، فإن هذه الأنواع الثلاثة تنشئ صلات غير قابلة للزوال ، فيكون التحريم أيضاً غير قابل للزوال .

٤٧ - والمحرمات بسبب القرابة أربع شعب هي :

(أ) فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه ، وهكذا كل فرع يكون جزءاً منه أو جزءاً مما يتصل به ذلك الاتصال .

(ب) أصوله من النساء ، وإن علون ، فأمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه جميعاً من أصوله من النساء وهن حرام عليه ، إذ هو جزء منهن ، فكما حرم عليه جزؤه ، فكذلك حرم عليه من هو جزؤه منهن .

(ج) فروع أبويه وإن نزلن ، وفروع الأبوين من الأخوات ، سواء أكن شقيقات ، أم لأب ، أم لأم ، وفروع الإخوة والإخوات ، فيحرم

على الرجل أخواته جميعاً ، وأولاد إخوته وأخواته جميعاً ،
وفروعهن مهما تكن الدرجة .

(د) فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، فالعمات
والخالات حرام عليه ، مهما تكن درجة الجد والجدة ، ولكن بنات
الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال . مهما بعد الجد أو الجدّة
التي تفرعن منها ، إذ المحرم من فروع الأجداد والجدات من ينفصل عن
الأصل بدرجة واحدة .

٤٨ - والأصل الذي ثبت به تحريم هؤلاء هو قوله تعالى :

« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات
الأخ ، وبنات الأخخت » فإن تلك الآية الكريمة حرمت سبعة بنصها وبعض
الأنواع السابقة تبين تحريمه من نص الآية الكريمة ، وبعضها يستبين بضرب
من التفسير ، أو التأويل الظاهر .

فالأمر ثبت تحريمها بنص الآية ، لأنها ذكرت بنصها ، ومثل ذلك البنات
الصلبيات ، والعمات والخالات ، وكل من ينفصل بدرجة واحدة يطلق عليه
عمة أو خالة مهما يعلون ، ومهما يكن الحدود الذين ينتمون إليهم ، وكذلك
ثبت بالنص تحريم الأخوات ، وبنات الأخ وبنات الأخخت .

أما الجدات فكان تحريمهن - أولاً - بالإجماع ، إذا انعقد الإجماع على
ذلك معتمداً على الآية - وثانياً لأن الجدات أمهات مجازاً ، إذ الأم تطلق
على الأصل من النساء على سبيل المجاز ، أو المراد بالأمهات الأصول ، وذلك
إطلاق لغوي استعمله القرآن الكريم في قوله تعالى : « وعنده أم الكتاب » .
وثالثاً - بدلالة النص ، لأن الله تعالى حرم العمات والخالات ، فالجدات
أولى بالتحريم ، لأنهن طريق الاتصال ففهم تحريمهن بدلالة النص .!

وبنات البنات وإن نزلن ، وبنات الأبناء كذلك ثبت تحريمهن بالطرق
الثلاث : النص ، والإجماع ، ودلالة النص ، لأنهن أقرب إلى الرجل من
عماته وخالاته ، وبالمجاز ، إذ هن بنات الشخص مجازاً .

ومثل ذلك بنات بنات الأخ ، وبنات بنات الأخت إلى آخره ، فقد كان الإجماع عليهن ، وثبت التحريم بدلالة النص ، وبطريقة المجاز كما بينا .
والقربة المذكورة في الآية سبب التحريم ، سواء أكان سبب ذلك النكاح أم السفاح ، فالبنات التي تلدها من يزني بها حرام عليه ولو كان نسبها لا يثبت منه . لأن الزنى لا يثبت نسباً . وهكذا فالنظر في القربة المحرمة إلى الواقع ، لأن العلة هي الجزئية ، وصلة الدم ثابتة قائمة فيثبت معها التحريم . وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه . ومذهب الشافعي خالف ذلك ، وقرز أن القربة التي تكون من سفاح لا تحرم النكاح إنما الذي يحرم النكاح هو القربة الناشئة من نكاح . لأنها القربة التي يثبت بها النسب شرعاً ، وفي غيرها ينتفى النسب ، فلا تحريم لذهاب موجب . ولأن التحريم بالقربة نعمة ، والنعمة لا تثبت بالمعصية .

٤٩ - حكمة التحريم :

(أ) قد أجمعت الشرائع المنزلة على تحريم الزواج من المذكورات ، فالإسلام هذا نصه ، واليهودية والنصرانية فيما بقي منهما من أحكام إلى اليوم ترى فيها التحريم لهؤلاء ثابتاً ونصوصه قائمة ، وأجمعت الشرائع المنزلة على تحريم ذلك ، لأنه مشتق من الفطرة الإنسانية ، بل بعض الحيوان العالى لا يأخذ أليفه من عشه أو وجاره ، إنما يسعى إلى عش آخر أو وجار آخر .
(ب) ولقد أثبت التجارب العلمية التي أجريت في الحيوان أن التلاقح بين سلائل مختلفة الأرومة ينتج نتاجاً قوياً . والتلاقح بين حيوانات متحدة الأرومة ينتج نسلاً ضعيفاً .

وعلى ذلك يكون الزواج بين القربة القريبة ينتج نسلاً ضعيفاً ، وقد لاحظ ذلك الأقدمون ، فهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لآل السائب ، وقد رآهم يتزاوجون فيما بينهم : « قد أضويتم ، فأنكحوا النوابع » . وتعليل ذلك واضح ، فإن الإقبال على ذات القربة القوية لا يكون قوياً ، والولد نتيجة هذا الإقبال ، إذ يولد من ذلك .

(ج) هذا وإن الزواج من هؤلاء القريبات يفسد العلائق الكريمة التي تربط بينهن . والعراطف الشريفة التي تبعها القطرة إلهن ، فأولئك يتمتعن بمحبة الأبوة وحنانها ، أو ببر البنوة وإجلالها للأبوة . أو مشاركة الأخوة في نماذج الأحاسيس الأخوية التي أوجدتها المشاركة في الدم ، وهكذا سائر القرابات القريبة . فلماذا كان الزواج منهن فسد تلك العلائق لأن أكثرها يتنافى مع الأنس الزوجي الذي يقتضي أن ينخلع الإنسان في كثير من الأحيان من ربة التقاليد التي كونتها العلائق السابقة ، وحينئذ تفسد هذه العلائق بمقاومة العاطفة التي يخلقها الزواج ، فتضعف كلتاها بالمقاومة . فلا تكون قرابة كريمة شريفة ، ولا زوجية صالحة :

ولقد قال في هذا المقام الكاساني في البدائع ، « إن نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم ، لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً . وذلك يفضي إلى قطع الرحم ، فكان النكاح منهن سبباً لقطع الرحم ومفضياً إليه ، والمفضي إلى الحرام حرام . وهذا المعنى يعم الفرق السبع ، لأن قرابتهن محرمة القطع . واجبة الوصل ، وتختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف . وخفض الجناح لهما . والقول الكريم في خطابهما ، ونهى عن التأفيف منهما ، فلو جاز النكاح . والمرأة تكون في طاعة الزوج . وطاعته مستحقة عليها للزمها ذلك . وإنه ينافي الاحترام ، فيؤدى إلى التناقض » .

وإن ذلك الكلام حق لا ريب فيه ، لأن الحياة الزوجية لا تتفق مع علاقات القرابة ، ولا تستقيم كلتاها مع الأخرى فتفسد كلتاها .

وذلك فوق أنه قد يكون تنافس بين هؤلاء الأقارب على واحدة منهن فتكون القطيعة .

(د) وإنا لو أبحنا الزواج بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب ألا يلتقى الرجل بإحدى هؤلاء القريبات ، حتى لا يتولد الطمع فيهن ، والطمع يلهب الحس ويثور بسببه الشوق ، فتكون مفاسد ، وإذا منع التقاء

الأخ بأخته ، والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه لكان في ذلك ضيق شديد ، فكان التحريم لينقطع الطمع ، ويكون اللقاء ، وقد قال الدهلوى في حجة الله البالغة : « الأصل في التحريم جريان العادة بالاصطحاب والارتباط ، وعدم إمكان لزوم السر بينهم ، وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعي دون الصناعى . فإنه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والإعراض على الرغبة فيهن لاجت فيه مفساد لا تحصى ، وأيضا لو فتح باب الرغبة فيهن ولم يسد . ولم تقم اللائمة عليهم فيه ، لأفضى ذلك إلى ضرر عظيم عليهن ، فإنه يكون سبب عضلهن عن يرغبن فيه لأنفسهن . »

وبعد ، فإن هذا التحريم هو صوت الفطرة ، والدفاع عنه دفاع عن بلهيات ، والأهم التى كانت تبيح بعض هذا قد أنكر التاريخ صنيعها ، وساق أخبارها فى مساق المنكرات ، وسجل سوء مغبته .

٥٠ - المحرمات بسبب المصاهرة : يحرم بسبب المصاهرة على التأيد

أربع شعب :

أولاهـا - من كانت زوجة أصله ، وإن علا ذلك الأصل ، سواء أكان من العصبات كأبى الأب ، أو كان من ذوى الأرحام كأبى الأم . وسواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل .

الثانية - من كانت زوجة فرعه سواء أكان من العصبات كابن الابن أم من ذوى الأرحام كابن البنت ، وسواء أدخل بها أم لم يدخل .

الثالثة - أصول من كانت زوجته وإن علون سواء أدخل بزوجه أم لم يدخل .

الرابعة - فروع من كانت زوجته ، وإن نزلن ، ولكن بشرط الدخول بزوجه .

٥١ - ولنبين الدليل على تحريم كل طائفة من هذه الطوائف الأربع .

أما الطائفة الأولى : فالدليل على تحريمها قوله تعالى : « ولاتنكحوا ما نكح

آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » وقد دلت هذه الآية الكريمة بنصها على تحريم زواج من كانت زوجة للأب ، وبما اشتملت عليه من تعليل للتحريم تدل على تحريم أزواج الأجداد وإن علوا ، لأن وصف المقت والفاحشة يتحقق في الزوج ممن كن زوجات الأجداد وإن علوا ، كما يتحقق في الزوج من زوجة الأب ، ويصح أن يفهم تحريم زوجات الأصول جميعاً من النص على تحريم زوجات الآباء لأن كلمة الآباء يراد بها الأصول ، إذ لفظ الأب قد يراد به الأصل مجازاً فيشمل الأب الحقيقي والجد وإن علا ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجات الأجداد ، فكان ذلك التحريم ثابتاً بالإجماع .

هذا وإن نكاح زوجة الأصل يفضى إلى قطع الرحم ، لأنه إذا فارقها أصله فقد يندم ، فيريد أن يعيدها ، فإذا تزوجها ابنه أو حفيده فقد قطع السبيل دون إرادته ، وأوحشه بذلك ، وإن الفطرة السليمة تجافى ذلك النكاح الذى سماه الشارع مقتاً وفاحشة .

والآية تفيد أن زوجة الأصل محرمة ، سواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل لأن النكاح المراد به العقد ، فالعقد وحده سبب للتحريم ، سواء أكان معه دخول أم لم يكن .

وأما الطائفة الثانية . وهى زوجة الفروع فقد ثبت تحريمها بقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .

وقد قيد الله سبحانه وتعالى الأبناء بقيد أن يكونوا من الأصلاب ، لكى يعرف الأبناء بذلك الوصف ، فيفيد النص أن الأبناء هم الذين من الصلب لا الذين يتبنون ، وبهذا يتبين أن المحرم هو زوجات الأبناء ، لا زوجات المتبنين ، لأنهم ليسوا أبناء ، إذ ليسوا من دمه ، وليسوا جزءاً منه .

وقد ثبتت حرمة زوجة الابن بالنص وغيره من الفروع بالقياس المساوى الحلى ، لأن سبب التحريم هو الجزئية ، وكل فروع الشخص أجزاء منه ،

أو يراد من الأبناء كل من يتصل به بصلة الولادة ، لأن أولئك أبناء مجاز آله ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجة الفرع .

وزوجة الفرع محرمة ولو لم يدخل بها ، لأن الله تعالى قال : « وحلائل أبنائكم » ، والحليلة من تحل ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل .

والحكمة في تحريم زوجة الفرع هي المحافظة على العلائق بين آحاد الأسرة ، ومنع كل ما يؤدي إلى القطيعة بينهم ، إذ لو أبيع للرجل أن يتزوج حليلة ابنه بعد أن يطلقها لأدى ذلك إلى بذر بذور الضغينة بينهما ، لأن الابن ربما يريد معاودة الحياة مع مطلقة ، فإذا رأى أباه قد تزوجها أضغنه ذلك ، وأوحشه ، وإن زوجة الابن كبنت الرجل ، وكثيراً ما تناديه ببناء البنت لأبها ، فكيف يحل له زواجها ، وإن هذا ضد الفطرة السليمة .

وأما الدليل على تحريم الطائفة الرابعة . وهن فروع من كانت زوجته التي دخل بها فهو قوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم . . . »

والربيعة هي ابنة الزوجة ، لأنه يربها . وهي حرام بنص الآية سواء أكانت في الحجر أم لم تكن ، ووصفها بأنها في الحجر ، وصف كاشف وليس بقيد ، لأن الغالب أنها تكون في الحجر ، ولقد قال بعض الناس إن تحريم الربيعة مقيد بأن تكون في الحجر ، ويروى ذلك القول عن علي ، وليس بصحيح في نسبه وحجته ، لأن ذكر الوصف عند التحريم لا يدل على الحل إذا لم يكن ، بدليل أنه عندما نص على حال الحل ذكرها في حال الدخول فقط ، فقال : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ولم يذكر عند الحل الحال التي لا تكون في حجره ، فأقصى ما يدل عليه الوصف أن يكون مشيراً إلى الغالب ، أو هو مبين للتحريم في حال وجوده ، والباقي فهم تحريمه من علة التحريم ، أي بالقياس إلى الحل ، أو من مفهوم قوله تعالى : « فإن لم

تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم « فإنه يثبت أنه في حال الدخول تثبت
الحرمة سواء أكانت في الحجر أم لم تكن .

فالحق أن ذلك الوصف ليس للتقييد ، بل خرج تخريج العادة ، وليبيان
قبح الزوج بهن . لأنهن غالباً في حجورهم كأبنائهم وبناتهم ، فلهن ما
للبنات من تحريم . وأما دليل تحريم الطائفة الثالثة ، فقوله تعالى : « وأمهات
نساكنكم » بالعطف على : « حرمت عليكم أمهاتكم » وقد أثبت هذا النص
حرمة زواج الأم . وأثبت حرمة زواج الجدات بدلالة النص ، أو القياس
الجلي ، أو دلالة الأولى على حسب تسمية علماء الأصول لذلك النوع من
الدلالة ، وقد انعقد الإجماع على تحريم كل أصول الزوجة . ويصح أن نقول
أن المراد من الأمهات الأصول . لأن الأم هي الأصل في بعض الإطلاقات ،
ويجوز أن تكون هنا كذلك

وأمهات الزوجة يحرم الزواج بهن ، سواء أدخل بالزوجة أم لم يدخل ،
للإطلاق ، وعدم التقييد بحال الدخول ، كما قيد التحريم في قوله تعالى
« وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » وهذا رأى
الجمهور من الفقهاء

وهناك رأيان آخران (أحدهما) أن تحريم أم الزوجة مقيد بالدخول
بها كما قيد تحريم بنت الزوجة .

والرأى الثانى هو رأى زيد بن ثابت . وهو أنه إن حصل فراق البنت
عن طلاق قبل الدخول تحل له الأم ، وإن كان الفراق بسبب الوفاة فلا تحل ،
لأن الفراق بالموت كالفرار بعد الدخول يثبت المهر كاملاً ، فكان مثبتاً
للتحريم كما أثبت المهر .

واحتج من اشترط الدخول لتحريم البنت أن الله تعالى قال : « وأمهات
نساكنكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم
تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وقد جاء القيد الأخير بعد الأمرين فكان
التحريم في الطائفتين مقيداً بالدخول ، وعلى ذلك يكون شرط الدخول ثابتاً
في تحريم الأمهات ، كما هو ثابت في تحريم البنات .

واحتج الجمهور بظاهر الآية ، لأن الوصف كان للحال الأخيرة دون سابقتها فكانت الأولى على إطلاقها ، وكان التحريم في الثانية مقيداً بحال الدخول ، والأصل في الألفاظ أن تجرى في ظاهرها ، واعتبار القيد للآخرين تخريج للكلام على غير ظاهره . ولا يخرج الكلام على غير الظاهر إلا لداع إليه ، كعدم استقامة المعنى على الظاهر ، والمعنى هنا على الظاهر مستقيم لا يحتاج إلى تخريج .

وقد أبدت السنة ذلك الظاهر ، وعينته . فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا بأس أن يتزوج ابنتها ، وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها » (١) .

وإن التفرقة بين الزواج من أم الزوجة وبنتها واضح . لأنه إن طلق البنت قبل الدخول بها ، وتزوج أمها ألتى بنيران العداوة في قلب البنت ، وليس في نفسها من دواعي الإيثار ما يجعلها تؤثر أمها بذلك الزوج على نفسها ، والعرف لا يعاونها عايه ، أما الأم فلأنها في العادة وبسنة الفطرة تؤثر بنتها على نفسها ، وإن وقعت في نفسها الغيرة فإن مجرى العادة والعرف يطفئها وفرط محبتها لابنتها يلطفها ، وإن حصل دخول بالأم ، تكون قد استوفت حظوظ الزواج ، وكانت بنتها كبنت الزوج ، لا تحل له ، والعادات ومجاري العرب لا تقر هذا الزواج فكان التحريم .

٥٢ - وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى أمرين كانا موضع اختلاف الفقهاء ، أحدهما - اللمس بشهوة ، والنظرة بشهوة ، أيعتبر كالدخول الحقيقي ويعطى أحكامه في حال اشتراط الدخول للتحريم ، وهى حال الربيبة ، أم لا يكون كالدخول ، فلا تحريم به .

قال أبو حنيفة . ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث بن سعد ، إن اللمس بشهوة يكون كالدخول ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال داود

(١) طعن في هذا الخبر محمد بن جرير الطبري ، ولكن قد كثر النقل عن النبي صلى الله عليه وسلم في معناه ، وجاءت الفتوى بمعناه عن كثير من الصحابة .

والمزني لا يحرم إلا الدخول الحقيقي ، وهو القول المأثور المفتي به عند الشافعية .
وقد اشترط أبو حنيفة في النظر الذي يعتبر كالدخول وكاللمس بشهوة
أن يكون للفرج .

وأساس الخلاف في هذا الأمر أن من يرى أن النظر بشهوة أو اللمس
بشهوة كالدخول في إثبات التحريم -- توسع في معنى الدخول ، فجعل كل
ما هو من قبيل الاستمتاع من نظر ولمس بشهوة ، أو لمس بشهوة فقط على
رأى بعضهم يعد دخولا لما فيه من معنى المتعة التي جعلت الدخول محرماً ،
وقد أبدوا نظرم ببعض الأخبار ، من مثل ما روى أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : « من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وابنتها » .

أما الفريق الذي لا يعتبر غير الدخول الحقيقي محرماً ، فهو لم يتوسع
ذلك التوسع في معنى الدخول . لأن اللفظ إذا لُطِّق لا ينصرف إلا إلى معناه
الحقيقي . وإن الأخبار التي يعتمد عليها الفريق الأول أخبار ضعاف في نظر
من اقتصروا في معنى الدخول على الحقيقي دون سواه .

الأمر الثاني - الذي كان موضوع خلاف الفقهاء هو أنه إذا حصل
دخول بامرأة من غير عقد ، أيحرم من يعمره العقد ، ويحرم من يحرمه
الدخول في عقد صحيح : لقد اتفق الفقهاء على أن الدخول بغير عقد
كالدخول بعقد صحيح . إن كان الدخول حلالاً في أصله كالدخول بملك
اليمين ، أو كان حراماً في ذاته ، ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد ، ومحت
وصف الجريمة ، ولم يعتبر زنى كالدخول في بعض الأنكحة الفاسدة . أو
الوطء بشبهة . ويعتبر الدخول في هذه الأحوال أيضاً كالعقد ، يحرم ما يحرمه .

ولنما موضوع الخلاف هو الدخول الذي يعتبر زنى ، فهنا اختلف
الشافعي ، وأبو حنيفة وغيرهم ، فالشافعي يرى أنه لا يوجب تحريماً كالعقد ،
ولو كان الدخول في عقد . وأبو حنيفة والأوزاعي يعتبره محرماً لما يحرمه
النكاح والدخول في عقد صحيح ، وأما مالك فالمرءى عنه في الموطأ مثل
قول الشافعي ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة : إنه يحرم ،

وسحنون يذهب إلى أن الصحيح عند مالك مارواه الموطأ ، وهو الموافق لرأى الشافعى .

والأصل فى هذا أن أبا حنيفة اعتبر الأساس فى تحريم حرمة المصاهرة بسبب الدخول هو الدخول من غير قيد الحل ، فالعلة فى التحريم بسبب المصاهرة فى الدخول بملك اليمين هى مجرد الدخول من غير نظر إلى كونه من نكاح ، ومادامت علة تحريم الأصل هى مجرد الدخول ، فالدخول الحرام الذى لم يدرأ فيه الحد قد تم فيه مناط التحريم . فيكون التحريم ، ويرشح ذلك أن الدخول فى النكاح الفاسد حرام لاشك فى ذلك ، ومع ذلك إن وجدت شبهة قوية كان سبباً فى التحريم بالإجماع .

والشافعى يفرق بين الدخول الحلال ، والدخول الحرام ، وأمانة الحل والحرمة هو الحد ، فلن لم يوجد الحد كان الدخول حلالاً أو كالحلال ، وإلا فهو حرام ، والدخول الحرام غير مثبت لحرمة المصاهرة ، لأنها نعمة لا تكون بأمر قام الدليل على أنه حرام من غير شبهة ، ويقول رحمه الله فى التفريق بين دخول حلال ودخول حرام ، عند مناظرته للإمام محمد بن الحسن . « وطء حمدت به ، ووطء رجمت به ، فكيف يشتهان ؟ ! » .

٥٣ — الحكمة فى التحريم بالمصاهرة : أن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية فى التحريم بسبب المصاهرة ، فكان هذا دليلاً على أن ذلك التحريم مشتق من الفطرة الإنسانية ، إذ لم تختلف فيه الشرائع ، والحق أنه يتفق مع الطبع السليم ، فإن المرأة إذا اقترنت بالرجل صارت قطعة من نفسه ، وصار هو قطعة منها ، « هن لباس لكم ، وأنتم لباس لهن » ، وإذا صارت جزءاً لا يتفصل من نفسه كان من منطق الزواج أن تكون أمها كأمه وابنتها كابنته ، وتحرم هى على أبيه كما يحرم على أمها ، إذ صار أبوه أباهاً أيضاً ، وتحرم على ابنه كما يحرم ابنها عليها ، وما باعدت الحق كثيراً الشرائع التى تسمى أبا الزوجة أباً للزوج ، وابنها ابناً له وأباه أباً لها . . . وماجاوز الناس فى عرفهم الطبيعة والحق إذ أطلقوا هذه الأسماء .

ولأنه لو أبيح أن يتزوج أم زوجته وابنها ، وهى تزوج أباه وابنه

لأدى ذلك إلى أن تقام الحجب ، وبذلك ينقطع الرجل عن أهله ، وتنقطع
هى عن أهلها ، فيكون كلاهما فى وحشة لا يجد من يسرى عنه . ولا من تبته
نفسها ، ولا يجد كذلك من يعاونه ويزيل همه ويلقى إليه بدخائل نفسه .

ولأنه لو ساغ للأم أن تزوج زوج ابنتها ، وللبنت أن تزوج زوج أمها
لقطعت الأرحام ، ولأوجس الأصل خيفة من فروعه ، وأوجس الفرع
الخيفة من أصله ، وما يمثل ذلك تقام دعائم الأسر .

التحريم بالرضاع

٥٤ — هذا هو القسم الثالث من المحرمات على التأييد ، ويحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، والمحرمات من الرضاع على ذلك
شعب ثمان هى :

١ — أمهاته اللاتى أرضعنه ، وبعبارة عامة أصوله من الرضاعة سواء
كن من جهة الأب ، أم من جهة الأم ، كأم من أرضعته . وأم أبي من
أرضعته ، وأم أبيه رضاعاً . والأب الرضاعى هو زوج الأم الرضاعية الذى
كان سبب اللبن الذى رضع منه الطفل . فإذا كانت امرأة متزوجة برجل
عقبته منه نسلاً ، فوضع طفل من لبن ذلك النسل ، فهو ابن للزوج ،
ولو كانت وقت الإرضاع زوجة لصاحب اللبن .

٢ — فروعه من الرضاع ، فتحرم عليه ابنته رضاعاً ، وهى التى تكون
قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده على ما بيننا ، وابنة بنته من الرضاع
هى من أرضعتها ابنته الصلبية ، أو ابنته الرضاعية على ما ذكرنا .

٣ — فروع أبويه من الرضاع ، وإن نزلن ، سواء أكانت صلتهم من
جهة الأب أم من جهة الأم ، فيشمل أخته الرضاعية التى أرضعتها أمه وفروعها
ويشمل أخته التى رضعت من امرأة كانت زوجة لأبيه ، إذا رضعت من
لبن كان أبوه سببه وفروعها كذلك .

٤ — ويحرم فروع أجداده إذا انفصلن بدرجة واحدة ، سواء أكن

جلوداً من جهة الأم أم من جهة الأب كما بينا ، وسواء أكانت فروعهم - طريق الاتصال بينه وبين الأب أم الأم .

٥ - الأصول الرضاعية لزوجه فأمها التي أرضعتها تحرم عليه ، وجدتها كذلك سواء أكانت أم أمها رضاعاً أم أم أبيها ، وسواء أدخل بزوجه أم لم يدخل ، لأن الرضاع في المصاهرة ، كالنسب فيها .

٦ - فروع زوجته من الرضاع إن دخل بزوجه . فتحرم عليه ابنتها ، رضاعاً ، وحفيدتها رضاعاً . سواء أكان طريقها البنت ، أم كان طريقها الابن .

٧ - زوجة أصله الرضاعي ، وأصله الرضاعي هو من كان أباً لمن أرضعته أو كان هو سبب اللبن الذي رضع منه .

٨ - زوجة فرعه ، فتحرم عليه زوجة ابنه الرضاعي ، ويشمل ابن بنته الصلبية إذ كان هو سببه ، كما يحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعية ، ويشمل ابن بنته الصلبية الذي أرضعته ، وابن بنته الرضاعية . وهكذا .

٥٥ - ولقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب ، فقوله تعالى : « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » وهذه نص في تحريم الأصول والأخوات ، ولم تتعرض بنصها لغير هؤلاء . وقد فهم المفسرون من هذه تحريم الباقي من المحرمات ، وذلك لأنه تعالى لما سمي المرضع أما وابنة المرضع أختاً ، فقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب ، فيفهم الباقي بدلالة النص ، أو فحوى الخطاب إذ كيف يحرم عليه أصوله رضاعاً ، وتحل له ابنة بنته رضاعاً ، وكيف تحرم عليه أخته رضاعاً ، وتحل له ابنتها ، وكيف تحرم عليه من التقت معه على ثدي أمه ، وتحل له أخت أمه رضاعاً ، بل كيف تحل له هذه ، وقد حرمت ابنة أخته والعلاقة واحدة .

ولقد كان الاختصار على ذكر الأمهات والأخوات مشيراً إلى الباقي ، لأن المحرمات بالنسب قسمان : قسم الأولاد وهو ما كانت الصلة فيه من عمود النسب .

وقسم الحواشي . وهو ما كان غير ذلك ، فذكر من كل قسم ما يشير إلى

سائرهم ، أو يدل عليه بدلالة الأولى ، فذكر من عمود النسب للأمهات ، ومن الحواشي الأخوات ، وكان في العبارة من التنبيه - ما يجعل العقل يحكم على الباقي بالتحريم ، إذ سمى الموضع أما ، وأولادها أخوات ، فكان ذلك موجهاً للعقل لأن يحكم في الباقي ، وذلك من الإيجاز المعجز ، والبيان المحكم .

ولقد جاءت السنة بعد ذلك مجلية ، مؤكدة ذلك المعنى ، فقد روى أنه صلى الله عليه وسلم لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة قال : « لاتحل لي ، لأنها ابنة أخي من الرضاعة . ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » وروى أن عائشة كانت قد رضعت من امرأة أبي القعيس من ولادة منسوبة إليه ، فجاء أفلح أخوها يستأذن عليها . فلم تأذن له وقالت : إنما أرضعتني امرأة أخيه . فلا أذن له ، حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فلما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إيلذني له ، فإنه عمك ، تربت يداك» .

٥٦ - يتبين مما تقدم أن من يحرم من النسب يحرم من الرضاع . وأن المصاهرة والرضاعة كالمصاهرة النسبية ، وفي الجملة كل علاقة بسبب النسب أوجدت تحريماً ، فمثل هذه العلاقة إذا كانت رضاعاً توجب التحريم أيضاً . بيد أنه توجد أحوال تثبت مع النسب علاقة ، ولا تثبت في الرضاع أى علاقة . وفي هذه الحال لا يكون تحريم ، لأنه لا توجد رابطة رضاع أو مصاهرة . ومن ذلك - الصورة الآتية :

(أ) أخت الابن من الرضاع ، فإنه لاعلاقة تربطها بالأب ، بينما توجد هذه العلاقة حتماً في أخت الابن النسبي ، لأنها إما أن تكون ابنته ، أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاها حرام عليه ، ولذلك تحرم أخت الابن أو البنت نسباً لهذه العلاقة ، ولا تحرم أخت الابن أو البنت رضاعاً ، لعدم وجود أى علاقة .

(ب) أم أخته أو أخيه رضاعاً لاتربطهما به علاقة ، ولذلك لاتحرم ، بينما نظرتا في النسب ، وهى أم أخيه أو أخته نسباً تكون حراماً عليه ، لأنها زوجة أبيه ، أو من دخل بها أبوه ، فلا تحل له هذه العلاقة المحرمة .

(ج) جدة ابنه أو ابنته رضاعاً لاتحرم عليه ، لعدم وجود علاقة تربطها به ،

بينما جدة ابنه أو ابنته نسبا تحرم عليه لوجود هذه العلاقة ، لأنها من أمهات زوجته فتحرم عليه لهذه العلاقة .

وأخت أخيه رضاعاً لا تحرم عليه لعدم العلاقة ، وكذلك أخت أخيه نسباً لا تحرم إذ لم تكن علاقة . كأن يكونا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه أو أخوين لأم ، ولأحدهما أخت لأبيه ، فإنه لا علاقة بينه وبين أخت أخيه في هذين المثالين ، فلا يوجد تحريم ، لعدم وجود سببه .

٥٧ - وقبل أن نبين المقدار المحرم من الرضاع ، وحكمة التحريم نذكر أمرين في الرضاع اختلف الفقهاء في كونهما من أسباب التحريم فيه (أولهما) التحريم من جانب الرجل بالرضاع أى اعتبار صلة الرضاع محرمة بين الرضيع وصاحب اللبن (وثانيهما) مسألة كون الرضاع موجباً للمصاهرة المحرمة كما أوجب النسب ، كأم زوجته رضاعاً ، وفروعها رضاعاً من غيره ، وهكذا .

أما المسألة الأولى ، وهى مسألة نسبة اللبن إلى الرجل ، وكونه محرماً ، فقد قرر جمهور الفقهاء أنه يحرم ، فإذا أرضعت الأم طفلة بلبن جاءها بسبب حمل من رجل حرمت تلك الطفلة على أقاربه . فتحرم على أخيه باعتبارها ابنة أخيه ، وتعتبر أختاً لأولاد الرجل النسييين . . وهكذا . . وتسمى مسألة لبن الفحل ، وقد روى عن أحمد بن حنبل في تفسير كلمة لبن الفحل ، وكونه صيباً للتحريم مانعه « لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صيباً لا تزوج هذه من هذا » .

ولقد تبع جمهور الفقهاء في هذا جمهور الصحابة والتابعين ، ولقد خالف في هذا بعض التابعين ، منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، والنخعي ، وتبعهم الشافعي في أحد قولييه ، فأولئك لا يوجبون التحريم بسببه ، وحجتهم (١) أن سبب التحريم بالنسبة للرجل غير قائم ، لأن المرضع إذا أرضعت الولد ، فقد أخذ جزءاً منها ، إذ تكون لحمه وعظامه من لبنها ، فكان حقاً أن يكون ولدها ، وتحرم عليه بسبب هذه الصلة ، أما الرجل الذى كان منه الحمل الذى أوجد اللبن فلا صلة بينه وبين الولد ، إذ لم يتكون منه عظم ، ولالحم (٢) وأن الله سبحانه وتعالى عندما أثبت التحريم الموجب للرضاعة أثبت

أهو من قبل الأم ، ولم يذكر صلة الرجل فقد قال : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم » ولم يذكر فروعاً للرجل ، فكان ذلك التفريق في البيان مقررأ للتفريق الطبيعي الذي قررناه (٣) وقد روى عن بعض الصحابة أنهم لا يرون أن الرضاعة من قبل الرجل توجب التحريم .

وحجة الجمهور في إثبات التحريم (١) حديث عائشة الذي سبق بيانه في أدلة التحريم بالرضاع ، وروى البخارى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاماً ، وهذه جارية ، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية . فقال . . . اللقاح واحد « فكان بين الغلام والجارية علاقة أخوة بسبب هذا اللقاح . (٢) وحديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يدخل فيه الأب ، وكل ما يتصل ، لأنه أثبت أن المحرمات من الرضاع هن المحرمات من النسب جملة وتفصيلا .

أما المسألة الثانية ، وهى إثبات المصاهرة المحرمة بالرضاع ، كما ثبت بالنسب فقد خالف فيها بعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وما ذكرناه هو رأى جمهور الفقهاء على العموم . وقد روى ابن القيم في زاد المعاد عن شيخه ابن تيمية أنه توقف ، وذكر في حججه عن توقفه . أن الولاية الواردة في التحريم بسبب الرضاعة ، والأحاديث المبينة لذلك لم تذكر المصاهرة قط ، والمعانى التى تكون في النسب وثبتت حرمة المصاهرة بسببها لا توجد في الرضاعة فلا يمكن أن يقاس التحريم في المصاهرة بالرضاع على المصاهرة في النسب ، إذ هناك فوارق عظيمة لطبيعة ما بين النسب والرضاع من تباین ، وأحكام الشرع تقرر هذا التباين : ثم قال مانصه ، « والعلاقة بين الناس بالنسب والصهر وهما سبب التحريم ، والرضاع فرع على النسب ولا تعقل المصاهرة إلا بين الأنساب ، وإذا حرمت عليه أمه ، وبنوه وأخته وعمته ، وخالته من الرضاعة ولم يلزم أن تحرم عليه أم امرأته التى أرضعتها ، فإنه لانسب بينه وبينها ولا مصاهرة ولا رضاع ، والرضاعة إذا جعلت كالنسب في حكم لا يلزم أن تكون مثله في كل حكم ، بل ما اختلفا فيه من الأحكام أضعاف ما اجتمعا فيه ، فثبتت أحكام النسب من وجه لا يستلزم ثبوتها من كل وجه ، وما يدل على ذلك قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ومعلوم أن لفظ الابن إذا أطلق

لم يدخل فيه ابن الرضاع ، فكيف إذا قيد بكونه ابن الصلب ، وقصد إخراج ابن التبنّي بهذا لا يمنع إخراج ابن الرضاع (١)

من هذا يتبين أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يميلان إلى أن المصاهرة بالرضاع لا توجب تحريماً ، لأن المصاهرة لا تتكون إلا مع النسب ، ولأن التحريم بسبب المصاهرة ثبت من قرابة الرجل والمرأة ، حتى لا يكون ما يؤدى إلى قطع الرحم فتحريم قريبات المرأة من أصول وفروع ، حتى لا تنقطع الرحم بينهما ، وتحريم الأقارب على زوجات أصولهم وفروعهم ، حتى لا تنقطع الرحم بين الآباء والأبناء ، ولا رحم في الرضاعة يحشى عليها ، ولانص ولا قياس يجعل أقارب المرأة رضاعاً كأقاربها نسباً ، وإذا كان الشأن كذلك فالحل هو الثابت بعموم قوله تعالى . « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

٥٨ - مقدار الرضاعة المحرمة ووقتها : قال أبو حنيفة وأصحابه إن الرضاع المحرم ليس له قدر معلوم ، فكل مقدار يحرم قليلاً كان أو كثيراً ، ولو كان مصبة أو مصتين ، لأن النصوص الواردة بالتحريم بسبب الرضاع لم تذكر مقداراً قليلاً أو كثيراً . فالآية « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم » تشمل القليل والكثير ، وقوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يشمل أيضاً القليل والكثير ، ويرى أنه قد جاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعت اثنين عقد عليهما ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من غير أن يسأل عن عدد الرضعات ، ولو كان التحريم منوطاً بعدد ما فرق النبي بين عاقلين من غير أن يتحراه . وأيضاً فإن التحريم في النصوص سببه مجرد الإرضاع ، فحيثما ثبت ذلك وجد الحكم ، والحكمة في التحريم بالإرضاع أن

(١) يبدو لنا أن نظر ابن تيمية وتلميذه نظر له وجهة إذا تلونا قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم وربائبكم اللائي في حجوركم من نسائكم اللائي دخلنكم بهن فإن لم تكونوا دخلنكم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فترى من هذا أن الله سبحانه وتعالى ساق المحرمات بالنسب ، ثم ساق المحرمات بالرضاعة رابطاً بينهما وبين النسبيات ثم المحرمات بالمصاهرة ، ولم يشر بعدها بالرضاعة ، والمصاهرة لا تنصرف إلا إلى ما كان النسب سببها ، ولو كانت الرضاعة تثبت مصاهرة لعقب التحريم بالمصاهرة بها ، أو أشار النص إليها بعدها .

الرضيع يصبر كالحزء من أرضعته . إذ يدخل لبنها في تكوينه ، وذلك يتم بالقليل والكثير .

٥٩ - ومذهب الحنفية في هذا هو مذهب مالك والأوزاعي والثوري وحاد وطائفة كبيرة من التابعين والصحابه ، وقالت طائفة أخرى إن التحريم لا يثبت بأقل من ثلاث رضعات ، وقالت ثالثة : لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات وهو مذهب الشافعي ، وقيل لا يحرم أقل من سبع ، وقيل أقل من عشر .

وأساس هذا التقدير نصوص واردة فهموها ، فالذين قدروا ثلاث رضعات ساقوا أخباراً ، منها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تحرم الإملاجة والإملاحتان ، وروى أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم قائلاً : يا رسول الله هل تحرم الرضعة الواحدة ؟ قال . لا . وإذا انتنى التحريم عن الرضعتين فقد استمر ثانياً في الزائد فكان الحد الأدنى هو ثلاث رضعات ، فلا يحرم مادونها .

والذين حددوا بالسبع ، وكذلك من حددوا بالعشر ، تعلقوا بأخبار لم تثبت صحتها عند مخالفيهم . أو لم يثبت تعيينها للمراد .

أما الذين حددوا العدد بالخمس ، وهم الشافعية ، والحنابلة في أرجح الأقوال عندهم ، فقد احتجوا (١) بما روى مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل « عشر رضعات يحرم من » حتى صرت إلى خمس » ، وقد صححه (٢) وبأن علة التحريم كون الإرضاع منبأً للحم ، ومنشأً للعظم ، وذلك لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل ، ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات .

وقد اختار ذلك الرأي ابن القيم في زاد المعاد ، ووضحه وفسر الرضعة فقال : « الرضعة فعلة من الرضاع ، فهي مرة منه ، فتي التخم الثدي فامتص منه ثم ترسكه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة ، لأن الشرع ورد بذلك مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف هذا . والقطع بعارض التنفس ، أو استراحة يسيرة ، أو لشيء يلهيه . ثم يعود إليه من قريب لا يخرجها عن

كونها رضعة واحدة كما أن الآكل إذا قطع أكلته بذلك ثم عاد من قريب لم يكن ذلك أكلتين ، بل أكلة واحدة .

٦٠ - ووقت الرضاعة المحرمة هو الصغر عند جمهور الفقهاء ، وخالفهم في ذلك عدد قليل من الفقهاء ، وحجة الجمهور فيها ارتأوا : (١) أنه ورد من الآثار الصحاح ما يفيد تعيين وقت الرضاع ، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الرضاعة من الحاجة » أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع إليه الجوع ، وهذا لا يكون إلا فى الصغر ، إذ لبن المرأة لا يكون غذاء دافعا للجوع كافيا فى الحمل إلا فى الصغر ، وروى أنه قال ، « الرضاع ما فتق الأمعاء » وذلك لا يكون إلا فى الصغر ، إذ أن أمعاء الكبير متفقة لاحتياج لبن لبن يفتقها ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا رضاع إلا ما كان فى الحولين » ، (٢) وأن إنبات اللحم وإنشاء العظم الذى يجعل الطفل جزءا من أرضعته ، إنما يكون فى الصغر .

وقد حد أبو حنيفة مدة الرضاعة بسنتين ونصف ، أى بثلاثين شهرا ، وحد الصحابيان والشافعى ومالك مدة الرضاع بسنتين كاملتين ، وذلك لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وللحديث السابق .

وامتدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « وحمله وفضاله ثلاثون شهرا » فكانت هذه أقل مدة يفصل بعدها الابن ، ويبتدىء يستقل بغذاء مستقل من لبن أمه ، وليس المراد من الحمل ما يكون فى البطن ، على اليقين ، بل يحتمل الحمل بالبطن وبالذراع والحجر ، وإذا كان كذلك فمدة الثلاثين شهرا بعد الولادة هى التى بعدها يكون الفطام بيقين بغير احتمال ، وإن اللفظ إذا كان يحتمل أن تكون مدة الثلاثين تشمل الحمل فى البطن ، كما يحتمل أن يكون الحمل هو ما بعد الولادة فإن التحريم يحتاط له ، فيؤخذ بالاحتمال الذى يوسع مداه ، وخصوصا أن الأصل الثابت فى الرضاع هو التحريم غير المقيد ، فلا يقيد إلا بأمر يقينى ، ولحد بسنتين إنما هو لأخذ الأم أجره على الرضاع ، وبعدها إن أرضعت تكون متبرعة ، ولا يلزم الأب بأجرة . ولكن لا يمنع ذلك التحريم الذى يحتاط له وهو الأصل .

(٦ م - الأحوال الشخصية)

٦١ — هذان هما القولان المشهوران ، وهناك أقوال أخرى كثيرة منها ، قول زفر الذي يعتبر مدة التحريم سنة بعد القطام في الحولين للاحتياط ، إذ الأساس هو الاستغناء عن اللبن ، ولا يقلب مستغنياً بمجرد انتهاء الحولين أو القطام فيهما ، بل لابد من فترة ينتقل فيها من غذاء ، وقدرها للاحتياط بسنة ، وقال الأوزاعي : إن الصغير يحده القطام التام ، من غير أمد معلوم ، لأنه الحد الفاصل بين الاستغناء وعدم الاستغناء ، فقد يعجل القطام لنائه ، وقد يؤخر لضعفه . ولكل طفل حال من النماء والضعف يختلف به أمد الحاجة إلى لبن الأم ، وكانت هذه الحالة هي مناط الصغير .

تنبيه — الرضاع يثبت بالبينة أو بالإقرار ، ولا توجه فيه اليمين عند أبي حنيفة ، وتوجه عند الصاحبين ، وذلك سير على الخلاف بينهما في أن النكول عن اليمين بذل أو لإقرار ، فأبو حنيفة قال : إن النكول بذل ، وهو لا يثبت في النكاح ، فلا فائدة في اليمين .

وعلى ذلك إذا طلبت المرأة الحكم ببطلان الزواج لأنها ذات صلة رضاعية محرمة به ، فإن أقر بذلك فسخ العقد ، وحكم ببطلانه ، وإن أنكر وأقامت البينة حكم بالبطلان أيضاً ، ويفترقان . وإن لم تقم فليس للقاضي أن يحكم بالبطلان ، ويجب عليه النفقة ، ولكنها من جانبها تكون مأخوذة باعتبارها ، فلا تحمل لابن أخيه إن طلقها وكانت دعواها أنها أخته رضاعاً . وإذا ادعى هو بالبطلان لهذا السبب ولم يقم البينة وأنكرت ، فإن النفقة تستمر عليه ولا تسقط ، ويكون الإقرار ملزماً بالنسبة له فيحرم عليه الدخول بها ويجب الافتراق ، والافتراق يوجب نفقة العدة .

٦٢ — حكمة التحريم بالرضاع : انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن بجعل الرضاع سبباً من أسباب التحريم . وإن لذلك أسباباً قوية موجبة لهذا التحريم ، منها : (١) أن الموضع التي ترضع الولد ، إما تغذوه بجزء من جسمها ، فتدخل أجزاؤها في تكوينه ، ويكون جزءاً منها ، وإن الحس والطب يثبتان ذلك ، فإن لبنها در من دمها ، يثبت لحم الطفل ، وينشز عظمه ، وإذا كان جسمها ملوثاً بمرض مستكن فيه سرت

عدواه إلى الطفل ، وإن كانت نقية الجسم سليمة قوية استفاد الطفل منها قوة ونماء .

وإذا كان الطفل جزءاً منها . فهي كالأم النسبية ، بيد أن هذه غذته بدمها في بطنها . وتلك غذته بلبنها بعد وضعه . فإذا كانت الأم النسبية محرمة على التأييد وبعض من يتصل بها من محرمات عليه ، فكذلك الأم الرضاعية ، فهذا أمر بديهي مشتق من الحس وكلام أهل الخبرة .

(ب) وإن المرضع تندمج في الأسرة التي ترضع أحد أولادها ، فتكون من أحادها ، كما يكون الطفل في بيت مرضعته مندمجاً في أسرتها ، فيكون ذلك التشابك الذي يجعل أسرته أسرتها ، وأسرتها أسرته أيضاً ، وإذا كانت العلاقة التي تكون من هذا النوع في النسب موجبة التحريم في كثير من الأحوال فينبغي أن تكون كذلك في هذه الأحوال .

(ج) وهناك فائدة للتحريم بالرضاعة قد ذكرها بعض كتاب الفرنجة المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام في الرضاع . وهي التشجيع على الإرضاع لإحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرصعهم ، فإن المرضع إذا علمت أنها في الشريعة أم ولها ما للأم من إجلال وتقديس ، ولذا تحرم على الولد ، كما تحرم عليه أمه ، فلأنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة ، وقد يكثر بذلك النسل .

وقد قال ذلك كاتب أوربي : « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة » (وهي تقرير قرابة بين الولد والمرضع) مما جاء على لسان نبيهم « تناكحوا تناسلوا تكثروا » فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الأسمى الذي هو الحياة الإنسانية . . . وهذا هو السر في أن الإسلام أعطى المرضع هذه المكانة لأنها جادت بلبنها ، فساهمت في تنفيذ الوصية الربانية . . . وهذا هو السر أيضاً في أن الإسلام رفع شأن الحامل . . . ولقد جعل الإسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، ولأنها مكانة سامية تجعلها في الأسرة في المكان التالي للأم ؟

المهرمات محرمات مؤقتا

٦٣ - ذكرنا أن المهرمات محرمات مؤقتا من اللاتي كان سبب التحريم فيهن أمراً يقبل الزوال فيزول التحريم بزواله ، والتحريم على التأقيت يكون في سبع أحوال هي :

- ١ - الجمع بين المحارم .
- ٢ - المطلقة ثلاثاً على مطلقها ، حتى تزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها . ثم يطلقها وتنتهى عدتها .
- ٣ - زواج خامسة ، وعنده أربع في عصمته ، ولو حكما .
- ٤ - تزوج الأمة وعنده حرة .
- ٥ - زوجة غيره ، والمعتدة من غيره .
- ٦ - والملاعة ممن لا عنها . حتى يكذب نفسه .
- ٧ - من لاتدين بدين سماوى .

٦٤ - (١) الجمع بين محرمين : المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فلا يصح الجمع بين أختين ، ولا يصح الجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها ، فإن أى واحدة منهما لو فرضت ذكراً كانت الأخرى حراماً ، فإذا فرضت البنت ذكراً حرمت الخالة أو العمه ، وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه ابنة أخيه أو ابنة أخته . وترى من هذا الشرط في تحقق المحرمية المانعة للجمع أن يكون في الإمكان فرض كل واحدة منهما ذكراً ، وألا يحل له عند هذا الفرض . لذلك قال أبو حنيفة والصاحبان : لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنتها ، لعدم إمكان فرض زوجة الأب ذكراً ، لأنه في هذه الحال لا يمكن اعتبارها مع هذا الفرض زوجة أب ، ومثل ذلك لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنها ، لعدم إمكان فرض زوجة الابن ذكراً .

وخالف في هذا زفر . واكتفى في تحقيق المحرمية بأنه إذا أمكن فرض إحداهما ذكراً حرمت الأخرى . ولا يشترط إمكان فرض كليهما ذكراً ، ولذلك قرر عدم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها . لأن هذه المرأة لو فرضت ذكراً حرمت عليها زوجة الأب

وإن كلام زفر فيه نظر ، لأن حكمة منع الجمع بين المحارم هو خشية القطيعة بينهم إذا صارت إحداها ضرة للأخرى ، وهذا المعنى لا يثبت بين المرأة وزوجة أبيها . لأنه لا رحم بينهما يخشى قطعها ، وقد نقل جواز الجمع بينهما عن السلف الصالح .

وكما يحرم الجمع بين محرمين حال قيام الزوجية يحرم الجمع بينهما إذا كانت إحداها معتدة ، فإذا طلق الرجل امرأته ، فليس له أن يتزوج عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها إلا بعد انتهاء العدة لبقاء بعض أحكام الزواج في العدة .

٦٥ - وقد ثبت تحريم الجمع بين محرمين بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى في آية المحرمات « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف » (١) وهذه الآية تفيد بنصها حرمة الجمع بين الأختين ، وتفيد بمعناها حرمة الجمع بين سائر المحارم ، وذلك لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراماً خشية إنحاش قلوبهما بالعداوة بينهما ، فأولى أن يحرم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها ، لأن كليهما بمنزلة الأم ، والرحم بينهما قريبة واجبة الصلة .

وأما الحديث كقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة ، « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها ، ولا ابنة أختها » وزيد في بعض الروايات « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

وقد انعقد إجماع العلماء على تحريم الجمع بين الأختين ، والجمع بين الباقيات من المحارم ، ولم يخالف في الأخيرة إلا من لا يؤبه لقوله ، وهم بعض الخوارج ، فقد جوزوا الجمع بين المحارم غير الأختين وقوفاً عند نص الآية وحدها .

والمعنى في التحريم واضح . لأن الجمع يحمل على قطع الأرحام التي أمر الله سبحانه وتعالى أن توصل . وكيف يتصور أن شريعة تعمل على ربط آحاد

(١) معنى (إلا ما قد سلف) أن ما كان منكم في الجاهلية لم يدركه الإسلام هو موضع المنع لا يحاسبكم الله تعالى عليه في الإسلام .

الأسرة بعري المودة تجيز للرجل أن يتزوج ابنة الأخ على عمتها ، فتكون ضرة لها وتثور النيران التي تدفع إلى أشد الإيذاء بالكيد بالقول والفعل :

٦٦ - والجمع بين المحارم ممنوع ، سواء أكانت المحرمة سببها النسب ، أم كان سببها الرضاع عند جمهور الفقهاء . وقد خالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فأجازا الجمع بين المحارم رضاعاً ، لعدم ورود نص بالتحريم ، ولأن النصوص الواردة في تحريم الجمع إنما هي فيما إذا كانت الصلات نسبية ، إذ ذلك هو المفهوم عند الإطلاق ، ولأن المعنى الذي كان من أجله التحريم لا يتحقق في الرضاع ، إذ المعنى الذي كان من أجله التحريم هو أن الجمع فيه قطع الأرحام ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم ، « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ولأرحم يوجد الرضاع تقطع ، بدليل أن الصلات الرضاعية لا توجب نفقة ، ولا ميراثاً ، ولا شيئاً غير التحريم ، فيقتصر على مورد النص ، وما في معناه .

وقد قررنا أن الجمع بين المحارم ممنوع في النكاح ، وفي العدة ، فإذا طلق شخص امرأة ، فلا يجوز أن يتزوج أختها ، حتى تنتهى عدتها ، وهذا مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى فيه بعض التفصيل ، وذلك أنه إذا كانت العدة من طلاق رجعى ، فلا يصح الجمع فيها ، لأن النكاح قائم ، إذ له حق الرجعية في أى وقت ، وإذا كان الطلاق بائناً فإنه يجوز الجمع ، لأن عقد الزواج قد بت ، ولذا لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ، وعلى هذا لا يوجد الجمع المنهى عنه ، إذ الجمع يقتضى أن تكون كل واحدة منهما ذات عقد قائم مع الرجل ، وهنا إحداهما قد انتهى عقدها ، وزوال ملك كل منهما عن صاحبه .

وحجة الحنفية أن العقد في أثناء العدة باق حكماً ببقاء العدة ، إذ لها النفقة ، فإذا تزوج أختها فقد جمع بينهما ، ودخل في عموم النهى ، وإن علة التحريم ، وهى خشية القطيعة ثابتة حال العدة بمثل ثبوتها في حال النكاح أو أشد ، إذ أن المسارعة بتزوج الأخت أو غيرها من المحارم في وقت حدة الفراق تكون أشد ألماً ، وهو يدل على تدبير سابق ، فينشئ جرحاً لا يندمل أبداً .

والجمع بين المحارم كما يمنع بالزواج يمنع بالوطء بملك اليمين .

٦٧ - وإذا تزوج امرأة وفي عصمته ذات رحم محرم لها ، فزواج الثانية غير صحيح ، ولو تزوج المحرمين معاً في صيغة واحدة لم يصح نكاحهما لأنه لا يمكن ترجيح عقد إحداهما بالصحة ، إذ لا سبق بينهما ، فيكون العقدان فاسدين ، وتجب الم�اركة ، وهذا إذا كان كلا العقدین مستوفيا لكل الشروط ملبعدا هذا ، أما إذا كان أحدهما فيه خلل من غير هذا الطريق ، فإن الآخر الصحيح ، إذا وجد المرجح لأحدهما على الآخر .

وتجب الم�اركة ، أى يتركهما ويتركانه إذ فسد العقدان ، وإذا كانت الم�اركة قبل الدخول فلا مهر ولا عدة لواحدة منهما ، لأن النكاح غير الصحيح لا أثر له قبل الدخول ، فإن حصل دخول فالأثر الشرعى يثبت بالدخول مع وجود الشبهة ، وعلى ذلك إذا دخل بواحدة منهما ثبتت لها العدة ، ووجب لها مهر المثل على ألا يزيد على المسمى ، لأن الدخول في دار الإسلام لا يخلو من عقد أو عقر أى لا يخلو من مهر أو حد ، أى عقوبة الزنى ، وإن دخل بها وجب لها المهر أى يثبت لكل واحدة منهما مهر مثلاً لا يزيد على المسمى . وإن تزوجهما في عقدین ، ولا يدري أيتهما كانت الأولى حتى يصح نكاحها ويفسد نكاح الأخرى فإنه يفرق بينهما معاً . لأن نكاح إحداهما فاسد بيقين ولا يدري ، فيفرق بينهما وبينه ، للشبهة بالنسبة لكليهما . وعدم حلها مجتمعتين وإن دخل بهما وجب لكل واحدة مهر المثل لا يزيد عن المسمى ، وإن كانت الفرقة قبل الدخول ، وكلتاهما تدعى أن رواجها الأول من غير حجة مثبتة يقضى لها بنصف المهر ، ويكون بينهما ، وعن أبى يوسف لاشيء لها ، وإن كانت كلتاهما تقولن لأدرى أينا أسبق ، فلا شيء لها من المهر ، إن كانت الم�اركة قبل الدخول ، لكون المدعية زواجاً صحيحاً مجهولة ، والحقيقة مجهولة .

٦٨ - المطلقة ثلاثاً حتى تتزوج زوجاً غيره : أباح الإسلام للرجل

الطلاق في دوائر عينها ، ومنها أنه أباحه مرتين ، له أن يراجعها بعد كل واحدة منهما في العدة ، وأن يعقد عليها إذا كانت العدة قد انتهت ويراجعها فإن فعل في أى الحالتين فرجع قبل انتهاء العدة أو عقد عقداً جديداً بعدها ، فعلى ذلك أنه قد ندم على الطلاق ، وأنه يرجو أن تحسن العشرة بينهما ،

فإن طلقها بعد هاتين المرتين ، فعفى ذلك أن العشرة الزوجية بينهما لا يمكن أن تستقر ، وأن يطمئن كل منهما مع صاحبه ، فكان حكم الشرع ألا تعود إليه ، ولكنها إذا تزوجت زوجاً آخر ، وعاشرته مدة طالت أو قصرت ، ثم طلقها لأمر من الأمور التي تعرض فتمنع استمرار الحياة الزوجية هادئة مطمئنة ، أو مات عنها وانتهت عدتها ؛ ففي هذه الحال تحل لمطلقها الأول . إن طلبها لأنه عسى أن يكون الانقطاع لغيره أو به أثر في نفسه فبهذه ، إن كانت الإساءة من جانبه ، وعسى أن عشرتها لغيره جعلتها تعرف قيمة الحياة الزوجية معه ، فتحسن معاملته إن كانت الإساءة من جانبها . وفي الجملة يرجى لهذه الحياة الجديدة شيء من القرار والاطمئنان ، بعد الاضطراب فيما قبلها ، ولذلك قال الله سبحانه وتعالى بعد بيان جواز الرجوع بعد الطلاق في المرتين الأوليين : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ولا ينكح النكاح والطلاق ، كما قررنا ، بل لابد من الدخول ، وأن يكون النكاح غير مؤقت ، وأن تنتهي العدة بعد الدخول ، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لمن أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثاً بعد أن تزوجها آخر ، وطلقها قبل الدخول : « لا ، حتى تلدق عسيلته ويلدق عسيلتك » وهذا مذهب الجمهور . ويذكر فخر الدين الرازي أنه خالف في ذلك سعيد ابن المسيب ، وسعيد ابن جبير ، ولم يشترط الدخول .

٦٩ - زواج خامسة وفي عصمته أربع : إذا كان الرجل متزوجاً أربعاً

من النساء ، فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يفرق عن إحداهن ، وتنتهي عدتها فلا يجمع بين خمسة أو أكثر في النكاح ، لأن الإسلام لم يبيح الجمع بين أكثر من أربع ، والجمع في العدة كالجمع في النكاح ، لأن العدة توجب قيام حكم الفراش إذا كان قائماً ، فالنكاح قائم حكماً ، وعلى ذلك إذا تزوج خامسة ، وبعض الأربع أو كلهن في العدة ، فقد جمع في عصمته خمساً حكماً ، وذلك لا يجوز .

وقد خالف الشافعي في العدة من طلاق بائن . فأجاز تزوج خامسة إذا كانت إحدى الأربع تعتد من طلاق بائن ، كما أجاز الجمع بين المحارم في

عدة البائن ، لأنه يعتبر النكاح قد بت ، وانتهى بالطلاق البائن . ولو كانت لاتزال في العدة .

ولكن رأى الجمهور هو مقررناه من عدم الجمع نكاحا وعدة .

٧٠ - وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأى جمهور الفقهاء ولم يخالفهم إلا من لا يعتد بخلافه عند جماعة المسلمين .

وقد خرج أولئك الشذاذ بثلاثة أقوال :

أولها - أن بعضهم ادعى أن الإسلام يبيح التعدد إلى عدد غير محدد . وزعموا أن قوله تعالى : « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » لا يفيد التقييد بعدد محدود ، بل الآية تفيد الإباحة المطلقة في العدد ، وأن مثنى وثلاث ورباع ليست لتعين العدد ، بل هي كما يقول شخص لشخص لافعل ماشئت اذهب إلى السوق أو الحديقة ، أو اشرب الكأس واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثا ، أو أربعاً - وقد حكى هذا القول فخر الدين الرازى في تفسيره الكبير ، وسمى من قالوه « قوما سدى » أى ضائعين في تفكيرهم .

ثانيها - قول بعض الشيعة : « إن الحل محدود بتسع . وقد زعموا أن قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » يفيد ذلك . إذا الواو تفيد الجمع . ومجموع هذه الأعداد تسع ، وزكوا ذلك الفهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع .

ثالثها - قول بعض أهل الظاهر إن العدد الذى يباح هو ثمانى عشرة ، وقالوا إن معنى « مثنى وثلاث ورباع » اثنان واثنان . وثلاث وثلاث ، وأربع وأربع ، وزعموا أن الواو للجمع ، فيكون المجموع ثمانى عشرة .

ولقد وصف القرطبي هذه الأقوال كلها بقوله : « وهذا كله جهل باللسان والسنة ، ومخالفة لإجماع الأئمة » وحجة الجمهور في أن الآية تفيد التقييد بأربع :

(١) أن مثنى وثلاث ورباع معدولة عن اثنين وثلاث وأربع . ولهذا يكون للتكرار ، فعنى جاء الخيل مثنى جاءوا جماعات اثنين اثنين ، وجاءوا ثلاث أى جاءوا جماعات ثلاثا ثلاثا - فعنى الآية أن الجماعة العاقلين من الأمة

أن يتزوجوا معددين جامعين اثنين ، أو جامعين ثلاثا ، أو جامعين أربعا ، ولم تزد الإباحة على ذلك ، فاقترنت على أربع (٢) ولأن العطف على نية تكرار العامل ، فعنى الآية انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا أربعا إلخ فالمراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد .

٧١ - ولقد قيد التعدد في الآية الكريمة بقيدتين آخرين مع عدم مجاوزته أربعا : (أحدهما) العدالة بين الزوجين ، فقد قال تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » وقد تضافرت أقوال المفسرين للآية على أن إباحة التعدد مقيدة بالعدالة ، وقد قال في ذلك أبو بكر الرازي المشهور بالخصاص في كتابه أحكام القرآن : أمر الله تعالى بالاعتصار على واحدة إذا خاف الجور ومجانبة العدل ... إنها إباحة للتنتين إذا شاء ؟ وللثلاث إن شاء ، وللأربع إن شاء ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الثلاث ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر على اثنتين فإن خاف ألا يعدل بينهما اقتصر على واحدة » والعدل المطلوب هو العدل الظاهر ، وهو القسم بين الزوجين ، والمساواة في الإنفاق ، والمساواة في المعاملة الظاهرة ، وليس هو العدل في المحبة الباطنة ، فإن ذلك لا يستطيعه أحد ولا يكلف الله إلا ما يكون في الوسع « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » وكان النبي صلى الله عليه وسلم لا يسوى بين أزواجه في المحبة القلبية ، ولذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه : « اللهم إن هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك » .

ولو كانت المحبة القلبية هي المطلوبة لكان النبي صلى الله عليه وسلم غير عادل بين أزواجه وهذا غير معقول ولا مقبول .

وبهذا وفق العلماء بين العدل المطلوب في هذه الآية ، والعدل المنفي في قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتدروها كالمعلقة » فإن العدل المنفي هناك هو العدل القلبي ، ولذلك لم يطلبه سبحانه وتعالى ، ودل على أنه لم يطلبه بقوله تعالى « ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل » فهو أجاز ألا يكون ، ولكن طلب أن يحرص ولا يفرط ، وبذلك تتلاقى الآيتان ، لأن العدل في الآية التي طلبته ، غيره في الآية التي نفتته ، وأكدت نفيه .

الشرط الثاني—من الشروط التي قيد الله سبحانه وتعالى بها إباحة التعدد هو القدرة على الإنفاق على العدد من أزواجه مع القيام بالواجبات عليه في أسرته كالإنفاق على من تجب عليه نفقته من ذوى رحمه . وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى : « ذلك أدنى ألا تعولوا » وقد فسر الشافعى رضى الله عنه كلمة « ألا تعولوا » ألا تكثر عيالكُم ، وحكى عن الكسائى أنه قال : « العرب تقول عال يعول » ، وأعال يعيل أى كثر عياله ، ويؤيد هذا المعنى قراءة طلحة « ألا تعيلوا » ، وإذا كان ذلك هو المعنى فقد تبين أن إباحة التعدد مقيدة بألا يكون في التعدد مظنة الإكثار من العيال من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع به الإنفاق عليهم والقيام بواجبهم .

٧٢ — ولقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أن هذين الشرطين لا بد من توافرها لكل من يبغي أن يتزوج ، وعنده زوجة ، بل لقد اتفق الفقهاء على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه ، ولو كان الزواج الأول ، أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه - يكون حراماً كما قلنا ، ولكن هل إذا تم الزواج مع عدم تحقيق هذين الشرطين يكون الزواج غير صحيح ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن هذين الشرطين ليسا من شروط الصحة ، ولذلك يصح الزواج مع عدم توافر الشرطين ويكون الشخص آثماً بحاسبه الله سبحانه وتعالى على الحور ، وعدم القيام بتكاليف الزواج .

وإنما لم يحكموا بفساد العقد مع توفر وقوع العاقد في الإثم :

١ — لأن فساد العقود وصحتها يناطان بأمر واقع لا بأمر متوقعة ، ولو حكمنا بفساد العقد لخشية الظلم أو لخوف الإعيال لحكمنا بفساد العقد لأمر متوقع قد يقع وربما لا يقع .

٧٢ — ولأن خوف الظلم أمر نفسى ، وأحكام العقود بالصحة والفساد لا يصح أن ترتبط بأمر نفسية خفية لا تجرى عليها أحكام القضاء ، والقدرة على الإنفاق أمر يتصل بالرزق ، والرزق عند علام الغيوب ، فليس لأحد أن يجيء إلى عاقدين ، علم كل منهما بأمر صاحبه ، وقدرته ، وقد رضيا بالزواج : فيقول لهما ، لاتزوجا ، أو الزواج بينكما غير صحيح ، لأنه في

المستقبل لا يستطيع الإنفاق عليها ، مع أن المال غاد ورائح ، ويطرح تقدير الزوجين ورضاهما رضاء صحيحاً .

٧٣ - هذا هو مسلك الشريعة بالنسبة للتعدد ، وهى وسط بالنسبة للشرائع ، فمنها ما أباح التعدد من غير قيد فى العدد ، ولا قيد فى الزواج ، ومنها ما منع التعدد منعاً مطلقاً ، وكانت الشريعة الإسلامية بين ذلك قواماً . (١) ولاشك أن ذلك المسلك هو مسلك الشريعة التى تخاطب كل الأجناس وكل الأجيال ، فهى تخاطب أهل أوربا ، وأهل المناطق الحارة وتخطب المعتدل المزاج . والمعتدل فى شهواته ، وتخطب الحاد المفرط فى شهواته ، ولذلك وجب أن يكون فيها من السعة والمرونة ما يرضى المعتدل . وما يهذب المفرط ، من غير أن يضيق القيد ، فينخلع من الرقبة ، إنه بلاربب الاقتصار على واحدة هو الزواج الأمثل فى الجماعة ، وهو البعيد عن نطاق الظلم ، ولكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال ، فهل الناس جميعاً على هذا الطراز ، وإننا لو أغلقنا على ذوى الشهوات الحادة باب الزواج . لفتحوا لأنفسهم باب الفساد فتهتك الستور . ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم . ولو خيرنا بين زواج معيب وبين الزنى ، لاخترنا الأول . إن كنا نسير على هدى العقل ونوره .

(ب) وقد يكون التعدد علاجاً اجتماعياً لنقص يعرض للأمة فى رجالها ، فقد يقل عدد الرجال الصالحين للإنسال فى بعض الأمم بسبب الحروب ، ولقد ذكر بعض الثقاة العالمين بالإحصاء أنه بعد الحرب العالمية الأولى وجد فى بعض الأمم الأوروبية أن الرجال الصالحين للزواج قل عددهم ، حتى صار كل رجل قادر يعادل فى التعداد ثلاث نساء صالحات للزواج . فى هذه الحال يكون التعدد مطلوباً ، ليصون المرأة من الدنس . وليكثر النسل ، وتنمو الأمة ، وتعوض ما فقدت ، وقد زادت نسبة النساء الصالحات بالنسبة للقادرين من الرجال فى ألمانيا بعد الحرب الأخيرة زيادة فاحشة حتى تنادى بعض المصلحين فيها بإباحة التعدد .

(ج) وليس التعدد شرأ على المرأة دائماً ، فقد تكون المرأة في حال تستوجب أن يتزوج بأخرى لمرضها ، أو عقمها ، فيكون الزوج بين أمرين الفراق أو الزواج ، والثاني بلاشك فيه مصلحتها . فوق مافيه من عدالة في ذاته .

٧٤ - لقد سار المسلمون من أقدم عصورهم على نظام يستبيحون فيه التعدد ، كما أباحته ظواهر الشريعة ، ولم يجدوا في ذلك حرجاً ، ولم يكن منهم في الجماعة ظلم . ولما غزت مصر والشرق الأفكار الأوروبية وهي لا تفهم التعدد في الزواج ، وإن فتحت الباب على مصراعيه لغير الزواج - وجد من الشرقيين من اعتقد أن في إطلاق التعدد ظلماً للمرأة ، وهضماً لحقوقها ، ثم التفتوا إلى الآية الكريمة التي تبيح التعدد ، فوجدوها تفيد الإباحة بقيدتين . كما بينا - فدعوا إلى التقيد الذي يشبه المنع ، ونادى بالتفكير في ذلك الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده في دروسه وبعض تقاريره ، واستفاض بالحديث فيه في مجالسه . حتى أثمرت كلماته في بعض تلاميذه وآتت الدعوة أكلها ، فوجدت بعد نحو عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزواج قضائياً بالقيدين السابقين . وهو العدل ، والقدرة على الإنفاق . وكان ذلك في اللجنة التي ألفت في أكتوبر سنة ١٩٢٦ ، إذ كان المشروع الذي قدمته مشتملاً على ذلك ، كما بينا في مقدمة هذا الكتاب ، ولكن بعد الفحص والتمحيص ، والمجاولات المختلفة بين رجال الفقه ورجال الشورى . رأى أولياء الأمر العدول عن ذلك . وجاء المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩ خالياً منه ، وقد ذكرنا خلاصته في مقدمة كلامنا .

وفي سنة ١٩٤٣ همت وزارة الشؤون الاجتماعية أن تنشر المقبور ، لأن وزيرها إذ ذاك ظن أنه يصلح الحياة ، ولكن عدل وشيكا عما هم به ، فكان له بذلك فضل .

ولقد جاء من بعد ذلك وزير آخر ؛ وجعل من أعظم ما يعنى به هذه المسألة ، فأعاد نشر الدفين ، وهم بأن يقدمه لدار النيابة ليأخذ سيره ، ولكنه

بعد أن خطا بعض الخطوات ونبه إلى ما فيه من خطر اجتماعي (١) أعاده مشكوراً إلى حيث كان.، ولكن هذه المشروعات التي لم تتم في مصر أخذت طريقها القانوني في سوريا ، فقيّد التعدد وصعب الطلاق ، وتؤنس استهلت استقلالها بذلك البدع ، فقيدت الطلاق والتعدد .

٧٥ — إن هذا التفكير الذي ساقه الأستاذ الشيخ محمد عبده في دروسه وتقريراته ومجالسه ، والذي صار مشروعاً من بعد ، وتناولته الأقلام والوزارات — أساسه جعل القيدتين المذكورين في الآية الكريمة مخرجاً عن التكليفات الدينية التي تكون بين العبد وربّه إلى التطبيق القضائي ، فيمنع القاضي توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكدت عدالته وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده ، وسائر من تجب عليه نفقته ، وهنا نقرر أن الآية ليس في ظاهرها ما يمنع ولي الأمر أن يجعل هذين القيدتين في موضع التطبيق ، وليس في الكتاب ما يحرم بصفة قطعية على ولي الأمر في مصر أن يسلك هذا المسلك ، ولكن أمامه إجماع المسلمين من لدن عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة إلى عصر الأستاذ الشيخ محمد عبده ، وما علمنا أن النبي صلى الله عليه وسلم منع زواج أحد لعلم قدرته على الإنفاق ، أو لعدم إثباته العدالة ، ولم نعرف أحداً من الصحابة أمر أن يتحرى هذا التحرى عند التعدد ، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة والقدرة في عهدهم ، فإن الناس في كل عصر ، فيهم البر والفاجر ، والعاجز والقادر .

وإن اجتزنا هذا الحاجز الحصين ، وانجهدنا إلى المشروع في ذاته من حيث صلاحيته ، فهل نجد فيه صلاحية . وهل نجد الطريق معبداً لتطبيقه .

إن الطريق ليس بمعبداً ، إذ كيف يعرف القاضي أنه سيعدل ولا يظلم ، وهذه حال لا تعرف لأشد الناس صلة بالزواج فضلاً عن القضاء الذي يوجب عمله ألا يتصل بالخصوم اتصالاً شخصياً ؟ أسأل الشهود ، وأكثرهم يصطنع الكذب ، أم يعتمد على الشهادات الرسمية ؟ ثم القدرة على الإنفاق ،

(١) قد كتبنا في هذا بحثاً ناقشنا فيه المشروع ، وكان يقيد التعدد والطلاق ونشر في مجلة القانون والاقتصاد في المدينتين الأولى والثاني للسنة الخامسة عشرة .

ما مناطها؟ أحوال الزوجة الجديدة أم حاله هو ، وإذا اعتبرت حاله ، ورضى بأن يضيق قليلاً بعد سعة في سبيل ذلك الزواج ، وهى في جملتها تكفل العيش الضرورى يسوغ للقاضى أن يمنعه ، بحجة أنه يجب أن يعيش في رفاهية ، ويحرم من حلال .

ثم إن هذا يكون تدخلاً في حرية التعاقد لا يتفق مع المقرر الآن في القوانين الحديثة . فهل يوجد ما يسوغه ؟ لقد ذكروا بواعث له فذكروا أن التشرّد ينتج من تعدد الزوجات مع الفقر ، وقد بين الإحصاء أن تعدد الزوجات ليس هو السبب في كثرة المتشردين . فكذب الدعاة تكذيباً قاطعاً ، لا مجال للريب فيه . وإن شهادة الأرقام أصدق شهادة .

وقد أثبتت الدراسات الاجتماعية العميقة أن سبب التشرّد هو عدم مراقبة الأولياء على النفس .

ولكن الباعث الذى يجرى على الألسنة من قديم الزمان هو المساواة بين الرجل والمرأة ، وقد قلنا في رد ذلك « إن الحقوق والواجبات في المسائل الاجتماعية ليس أساسها التساوى المطلق ، كالمعادلات الهندسية والجبر ، بل أساسها الميزان الاجتماعى ، فهو الذى يعطى الحقوق والواجبات ، ويوزعها على الرجل والمرأة بالشكل الذى ينتظم به الاجتماع . وقد يكون التعدد واجباً اجتماعياً إذا نقص العدد في الرجال بالحروب » (١)

وهب الباعث كان محققاً ، فهل النتائج حسنة ؟ إن الأمور الاجتماعية لا تقاس ببواعثها ، بل تقاس بنتائجها ، فقد يكون الباعث نفعاً ، والنتيجة ضرراً فيوازن بينهما ، وإن منع التعدد مع إحجام الناس عن الزواج الآن يضر النسل والأخلاق في الأمة ، ونحن في زمن تكاثر الأمم غيرها بعددها ، لأنه قوام عتادها .

ولو أخذ بالمشروع فنفع القاضى اثنين استهوى كلاهما صاحبه من الزواج ، فهل تنقطع العلاقة ؟ إن كلمة الشيطان تحل محل كلمة الله التى

(١) راجع البحث المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة عشرة ص ١٨٥ .

منعها القاضي بأمر المشروع ، فيكون الفساد ، ويكون الأولاد الذين لآباء لهم ، وما عاد الرجل إلى زوجته الأولى . وعادت المرأة إلى أسرتها .

وأخيراً : إن الاجتماع في مصر مازال يفرض إباحة التعدد ، مادامت الشهوات مستحكمة ، ومادام الشعب لم يتعلم ، ومادام الرجال يترددون بين حلال معيب ، وحرام لاشك فيه . والحلال المعيب هو الزواج مع التعدد ، علموا الشعب ، وارفعوا مستوى حياته . لا يمكن بعد ذلك تعدد (١) .

هذا وإن التعدد قد أخذت نسبته تقل حتى وصلت إلى مادون الثلاثة في كل وقائع الزواج .

٧٦ - زواج الأمة وعنده حرة : من عنده حرة لا يجوز أن يتزوج أمة ، حتى تطلق الحرة ، وتنتهى عدتها ، وذلك لأن الزواج من الإماء ثبت لمن لا يستطيع الحرة . لقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمأملت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ولا يعد عاجزاً عن الحرة من كان متزوجاً منها فعلاً ، فلا ضرورة لزواج الأمة ، ولأن في إدخال الأمة على الحرة إحشاشاً لها وإيذاء لعزتها ، ولا يجوز ذلك ويمنع .

ولقد أخذ الشافعي بنص الآية . فلم يجز الزواج من الأمة إلا إذا كان عاجزاً عن مثونة الحرة ، والحنفية لعدم وجود مقياس ضابط للقدرة جعلوا المانع أن يكون في عصمته حرة فعلاً .

ولاشك أنه لارق الآن في جمهورية مصر العربية . فليس لهذه المسألة موضوع ، ولكن ذكرناها تنميماً للبحث ، ونكتفي في بيانها بذلك القدر .

٧٧ - زوجة الغير ومعتدته : يحرم على الرجل زوجة غيره ومعتدته سواء أكانت معتدة من طلاق ، أم كانت معتدة من وفاة ، وذلك لحق غيره ، ولكيلا تختلط الأنساب . وقد ثبت ذلك بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى في آيات التحريم « والمحصنات من النساء » والمراد بالمحصنات هنا ذوات الأزواج ،

(١) البحث الماكور .

وثبت تحريم المعتدات من طلاق بقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » (١) .

وثبت تحريم المعتدات من وفاة بقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويتركون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » .

والحكمة في تحريم معتدة غيره هي أن الزواج مازال قائماً ، فحق غيره بها مازال باقياً ببقاء آثاره ، ولخشية اختلاط الأنساب منع ذلك ، وإن هذا لا يثبت إذا كانت المعتدة معتدة منه هو ، ولو كان الطلاق بائناً ، فلنحل له من غير عقد ومهر ، إذا كان الطلاق رجعي ، ولا تعود إلا بعقد ومهر جديدين إذا كان بائناً بينونة صغرى ، أما إذا كانت بينونة كبرى ، وهي ما إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث فلنحل له إلا بعد أن تزوج زوجاً غيره على ما علمت (٢) .

(١) القروء هي الحيضات عند أبي حنيفة وأصحابه وهي الأطهار التي تكون بين الحيضات على مذهب الشافعي .

(٢) هذا إذا كانت العدة من عقد ، وإذا كان هناك وطء من غير عقد صحيح ، فإن كانت هناك شبهة تمحو وصف الجريمة ، فإن العدة تثبت ، وتكون كعدة النكاح الصحيح ، ولا يحل لأحد أن يتزوج المعتدة حتى تلتئم العدة ، وإذا كان الوطء زنى فإنه لا عدة منه ، لأن الزنى لا يثبت حقاً من الحقوق ، ولكن هناك أمران :

(أ) أحدهما أن بعض الفقهاء لا يميز الزواج من الزانية حتى تنوب ، فعند هؤلاء لا يباح الزواج منها إلا من زنى بها (والأمر الثاني) أنه وقد ورد النهي بالآثار عن سق الإنسان زرع غيره أى عن وطء الزانية ، وبالبناء على ذلك قد اتفق الفقهاء الذين أجازوا زواج الزانية على جواز زواجها من زنى بها ووطئها ، لأن الحمل منه إن كانت حاملاً منه ، أما إذا كان يريد زواجها غير من زنى بها وهي غير حامل ، فإنه يجوز عقد الزواج عليها عند هؤلاء الفقهاء والدخول بها ، ولكن كره محمد الدخول قبل استبراء رحمها لجواز أن تكون حاملاً . أما إذا كانت حاملاً ثبت حملها ، فقد قال أبو حنيفة والشافعي ومحمد : إنه يجوز العقد عليها ولكن لا يدخل بها إلا بعد الوضع ، وجواز العقد لأنها حلال ولا نص ولا قياس على نص بمنع الحل ويثبت التحريم ، أما عدم الدخول بها فلما رواه الترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل لأبىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسق ماؤه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف ومالك وأحمد في رواية عنه وزفر : لا يصح العقد على الزانية الحامل لحق الحمل إذ لا سجنائية منه ، ولأنه باتفاق الفقهاء لا يحل الدخول بها ، والدخول حكم ملازم للعقد ، فإذا منع الدخول منع العقد ، إذ منع اللازم منع للملزم ، فلا يحل الزواج حتى تضع = (٧ - الأحوال الشخصية)

٧٨ - الملاعنة حتى يكذب نفسه : من المقرر أن يرمى امرأة بالزنى من غير إثبات كامل أى أربعة شهود عدل يقام عليه الحد القذف ، وهو ثمانون جلدة ، ولا تقبل له شهادة أبداً ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » .

ولكن إذا طبق ذلك على من يرمى زوجته يكون فى ذلك حرج شديد ، وخصوصاً أن مظنة الصدق قائمة ، إذ لا يمكن أن يرميها من غير شبهة قوية دفعته حتى إنه ليروى ابن مسعود أن أنصاريًا دخل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع أهله رجلاً ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح » .

ولهذا الحرج الذى صورته تلك الكلمات القوية التى جاءت على لسان ذلك الأنصاري كان حكم من يرمى زوجته بالزنى هو اللعان ، واللعان أن يقسم الرجل أربع مرات بالله بأنه صادق والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وتقسم هى أربع مرات إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين . وقد بينت الآية الكريمة فى سورة النور حقيقته فقد قال تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

فلذا حلف الرجل ، وحلفت المرأة ، فقد تم اللعان ، ومن آثاره أن ينتفى نسب ولده إن كان موضوع الرمي بالزنى نفي الولد ، وأن يفرق بين الزوجين ، فلا يتعاشرا ولا يحل له أن يعقد عليها أبداً ، إلا إذا كذب نفسه ، فإذا فعل أقيم عليه حد القذف ، وعاد الحل فيجوز أن يعقد عليها من جديد .

— وإذا تزوج رجل امرأة وثبت أنها كانت حاملاً وقت العقد بأن أنت بالولد لأهل من سنة أشهر ، فإن العقد يكون فاسداً ، لفرض أن الحمل من غير زنى ، إذ يحل حال المؤمن حل الصلاح (راجع الزيلعى) .

والسبب في ذلك التفريق ، وتحريم الزواج أن الثقة بينهما قد فقدت ، ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة ، واطمئنان الرجل إلى أهله في المحافظة على عرضها وعرضه ، فإن كذب نفسه عادت الثقة فيجوز العقد .

٧٩ - من لاتدين بدين سماوى ، وحل الكتابيات - اتفق الفقهاء على أن المسلم لايجوز له أن يتزوج من لاتدين بدين سماوى ، ويقصدون بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل في زمن نشأته ، وله نبى مبعوث ذكر في القرآن الكريم ، فكل من تكون غير متدبنة بدين سماوى بهذا المعنى لايجل الزواج منها ، وتعتبر كالمشركة لايجوز للمسلم العقد عليها وتكون داخلة في عموم النبى في قوله تعالى : « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ، ولو أعجبكم ، أولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » . وبمقتضى هذا لايجل للمسلم أن يتزوج وثنية ، أو بوذية أو برهمية ، لأن كل أولئك لم يكن لهم كتاب منزل ، ولم يعرف لهم نبى مبعوث ذكره القرآن ، ولو كانوا قد حرفوا الكلم من بعده عن مواضعه ، وإن الآية الكريمة تشير إلى الحكمة في تحريم الزواج من هؤلاء ، إذ يدعون إلى النار ، أى أن المرأة تسهوى الرجل بحسبها ، ورفق طباعها ، وحسن تدبيرها ، فيستحسن ماتستحسن ، ويستهن ماتسهن ، فلا يستنكر أوئانها ، أو لايستهجنها ، وأول الشر استحسنانه ، وإن ذلك إن لم يقده إلى دينها ، يضعف الإحساس بدينه في نفسه فيستهين بالفرائض ، وإن نابذ دينها كل المنابذة ، وأبدى استنكاره كانت الحفوة التى لا يكون معها التقاء تكون به بعشرة زوجية صحيحة .

هذا وإن التنافر بين الإسلام والأديان الوثنية شديد لايمكن أن تكون معه في الأحوال العامة عشرة متلائمة متفقة ، وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب إلى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات ، والثانية تعبد هذه البقرة أو على الأقل تقدسها ، إنه لايمكن أن تكون عشرة إلا إذا كان ثمة استهواء شديد يفسد دينه ، فيكون التحريم من هاهنا .

وفي كلتا الحالين يكون الأولاد في نشأة تفسد دينهم ، وحقاً : « أولئك يدعون إلى النار » .

٨٠ - وقد قال جمهور الفقهاء (١) إنه يحل للمسلم أن يتزوج الكتابية فيجوز أن يتزوج اليهودية والنصرانية وذلك : أولاً - لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وهذا نص صريح محكم في حل نساء أهل الكتاب ، إذ هذه الآية من آخر آي القرآن نزولاً ، أو هي في آخر السورة نزولاً على الأقل .

ثانياً - ولأن الصحابة قد أجمعوا إلا عبدالله بن عمر على أن زواج الكتابيات يجوز ، وقد روى أن بعضهم تزوج كتابيات فعلا كطلحة ابن عبيد الله . يجب أن نقرر هنا أن الأولى للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة لتتمام الألفة من كل وجه ، ولقد كان عمر رضى الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات إلا لغرض سام ، كارتباط سياسى يقصد به جمع القلوب وتأليفها أو نحو ذلك . وإنما فرق الشارع الإسلامى بين الوثنية والكتابية ، لأن الوثنية كما قلنا لالتفتى في جملة مبادئها الخلقية مع المسلم ، بل دينها منافر كل المنافرة لدينه ، فلما أن تستويه فتضعف دينه وتفسد نسله ، وإما أن تكون المنافرة ، فلا تكون عشرة .

أما الكتابية فلإنها في لب الفضائل الاجتماعية تلتقى مع المسلم ، إذ أصول الأديان السماوية في أصلها واحد ، فدوام العشرة معتدلة من غير استهواء ممكن ، على أن الأولى كما قلنا ألا يتزوج المسلم غير مسلمة .

هذا ومن المقرر أن المرتدة عن الإسلام لا تعتبر ذات دين ، ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابى ، ولذلك لا يحل للمسلم أن يتزوج مرتدة ، كما لا تزوج المسلمة مرتداً ، بل إن المسلم إن ارتدت زوجته فسخ النكاح وأتى ، وذلك لأن الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل ، وللمرأة الحبس ، ويعتبر

(١) بعض قليل من الصحابة ، وبعض من الفقهاء ، لم يحلوا زواج المسلم بالكتابية .

من ارتد في حكم الميت ، وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه ، فإنه لا يحل زواج المرتدة من مسلم قط .

٨١ - ولقد اتفق العلماء على أن عبدة الأوثان مشركون لا تنكح نساؤهم ، وعلى أن اليهود والنصارى كتابيون تنكح نساؤهم ، واختلفوا في بعض الطوائف القديمة التي لا يزال بعضها قائماً الآن ، أعتبر كتابية فتجوز نساؤها للمسلم أم مشركة فلا تحل ، ومن هؤلاء الصابئة ، وهؤلاء من سكان العراق في القديم ، وبقيت منهم بقية في الإسلام . وقد أعلنوا أنفسهم طائفة من النصارى ، ولكنهم كانوا يقدسون الكواكب ، وهم في عامة أحوالهم أكرم الناس لاعتقادهم وطقوسهم الدينية ، وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي بشأنهم ، فقال أبو حنيفة إنهم من أهل الكتاب فتحل نساؤهم ، ويظهر أنه نظر إلى ظاهر حالهم ، واعتبرهم فرقة من النصارى . وقال أبو يوسف ومحمد لا تحل نساؤهم لأنهم ليسوا نصارى ، وليسوا أهل كتاب ، لأنهم يعبدون الكواكب وليس الاختلاف كما ترى اختلاف رأى ، بل هو اختلاف في حقيقة أمرهم ، والواقع أنهم يكتمون دينهم ، ولا يزال الناس مختلفين في حقيقة دينهم إلى اليوم . ومن بقى منهم لا تعرف حاله . وقد قال الحصاص في أصلهم « وأصل اعتقادهم تنظيم الكواكب السبعة وعبادتها ، واتخاذها آلهة ، فهم من عبدة الأوثان في الأصل ، إلا أنهم منذ ظهر الفرس على إقليم العراق ، وأزالوا مملكة الصابئين لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً ، لأنهم منعوه من ذلك ، وكذلك كان أهل الشام والجزيرة صابئين ، فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية ، فبطلت عبادتهم الأوثان من ذلك الوقت ، ودخلوا في غمار النصارى في الظاهر ، وبقي كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان ، فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصارى إذ كانوا مستخفين بعبادة الأوثان . كاتمين أصل الاعتقاد ، وهم أكرم الناس لاعتقادهم - وعندهم أخذت الإسماعيلية كتابان المذهب » .

وإذا كانوا يكتمون عقائدهم على ذلك النحو ، فقد جرى الخلاف في حقيقتهم واختلف الحكم بسبب ذلك الاختلاف ، وإنى أميل إلى رأى الصابئين الذين منعا مهمة الزواج من نساؤهم .

٨٢ — ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلمة أن تزوج غير مسلم سواء أكان مشركاً أم كثنائياً ، وقد ثبت ذلك التحريم بنص القرآن والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بـإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار ، لهن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » وأما السنة ، فقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصراني وزوجه إذا أسلمت ، روى أن رجلاً من بني ثعلبة أسلمت زوجته وأنى هو أن يسلم ففرق عمر بينهما ، وروى عن ابن عباس أنه قال : « إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أملك لنفسها » وبهذا استفاضت الأخبار عن أصحاب الرسول ، وهو أمر لا يعرف بالرأى ، فلا بد أن يكونوا قد سمعوا من الرسول صلى الله عليه وسلم ما بنوا عليه حكمهم ، وقد انعقد إجماعهم على ذلك ، فكان ذلك ثابتاً بالإجماع مع أن نص القرآن حجة قاطعة لاجمال للشك فيها .

لقد قرر الفقهاء بناء على هذه القاعدة ، وهي : أن المسلمة لا ينعقد زواجها على غير المسلم ، أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه ، وامتنع عن الإسلام يفرق بينهما ، لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح ، وشرط لبقائه ، فلا ينشأ النكاح إلا إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم ، ولا يبقى إلا ببقاء الحل من ذلك .

٨٣ — ومع اتفاق الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام يفرق بينهما — قد اختلفوا على وقت التفريق ، فقال ابن عباس رضي الله عنه تقع الفرقة من وقت الإسلام ، وكأنها وقعت وقت أن أسلمت وإن كان شرطها أن يعرض عليه الإسلام ، ويمتنع ، لأن الأحكام تستند إلى أسبابها ، والسبب كان وقت إسلامها أو على الأقل عدم الحل كان من وقت إسلامها ، ولكن قد اتفق فقهاء الأمصار على أن الفرقة لا تقع وقت الإسلام ولكن بعده لأن السبب في الفرقة ليس هو الإسلام ، إنما السبب فيها فهو الامتناع عن الإسلام ، وليس الإسلام وحده سبباً للفرقة بين زوجين

وقد اختلفوا بعد ذلك في وقتها ، فمالك والشافعي وأحمد وغيرهم قالوا إن الفرقة تكون بعد أن تنتهي عدتها ، فإن أسلم في أى وقت قبل انتهاء العدة فهي زوجته ، وقال أبو حنيفة والصاحبان ، إن كانا ذميين في دار الإسلام وقعت الفرقة من وقت الامتناع عن الإسلام بعد عرضه عليه ، لأن الامتناع هو سبب الفرقة فتكون من وقته ، وإن كانا حربيين وقعت الفرقة بينهما بانتهاء العدة لابتدات الإسلام ، ولا بالامتناع عنه ، وإن خرجت مهاجرة إلينا كان اختلاف الدار كافياً للفرقة من غير حاجة إلى انتظار عدة .

٨٤ - ومن الحق علينا في هذا المقام أن نذكر ما يجب توافره ليعتبر الشخص قد دخل في الإسلام ، ثم الآثار المترتبة على دخوله . وقد ذكرنا أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام يفرق بينهما ، وتجب عليها العدة إن كان دخول ، ويجب المهر ، وإن لم يكن دخوله لا حقيقى ولا حكمى لا تثبت عدلة ، ويجب نصف المهر ، أو المنة إن لم يكن ثمة مهر مسمى وقت العقد ، وإن أسلم الزوج وزوجته كتابية بقيت في عصمته ، ولكن ملك عليها كل ما يملك الزوج المسلم ، فله حق تطليقها .
عليها إلى أن يبلغ العدد معها أربعاً ، لأنه إذ قد دخل في الإسلام صارت له حقوق المسلم .

ولكن متى يعتبر مسلماً ؟ بمجرد أن يقول : « لا إله إلا الله محمد رسول الله » أم لابد من الإشهاد ويكتفى به ، أم لابد من شروط أخرى ، يجب بيان ذلك ، لمكان هذه المسألة من الخطر الاجتماعى ، ولاتخاذ بعض الناس في مصر الأديان هزواً ولعباً ، فإنه يعلن الشخص إسلامه ، ليفرق بينه وبين زوجته ، أو ليتزوج مسلمة ، حتى إذا قضى لبنته عاد إلى دينه . أو أظهر حقيقته بعبارة أوضح ، وقد كان ذلك موضع نظر أمام محاكم الجنايات .

لهذا نقول : إنه لا حاجة إلى الإشهاد الشرعى لوصف الشخص بالإسلام ، بل الإشهاد توثيق ، والغرض منه الشهر والإعلام ، وعده في الاحصاء في صفوف المسلمين ، وإنما الأمر الجوهرى هو شهادة أن لا إله

إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن يظهر منه الإذعان لكل ما جاء به الكتاب والسنة ، وكل ما ثبت من الدين بالضرورة .

ومن المقرر أن الشريعة لا تنتظر في الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام فهو مسلم ، بشرط ألا يظهر منه في عامة أحواله ما يناقض معناها ، أو ما يدل على أنه مازال على دينه القديم (١) وقد فهم بعض الناس أنه إذا نطق بشهادة الإسلام ، فهو مسلم ، وإن كان يظهر منه ما ينافيها ، كمسيحي يعلن الإسلام ، ويسهم في نفقات الكنيسة ، ويتخذ الصليب شعاره ، ويصلي صلاة المسيحيين ، وأدلى بعض المحامين بذلك لدى القضاء ، والحقيقة غير ذلك ، ولهذا ننقل لك النصوص المقررة للحقيقة. جاء في شرح العقائد النفسية للتفتازاني : « لو فرضنا أن أحداً صدق بجميع ما جاء به النبي صلى الله عليه وسلم وأقر به ، وعمل به ومع ذلك شد الزنار (٢) بالاختيار ، أو سجد للصنم بالاختيار نجعله كافراً ، لأن النبي صلى

(١) وقد جاء في أحكام محكمة الأحوال الشخصية المستأنفة ما يفيد أنها أخذت بأن التردد على دار العبادة الخاصة بدينه الذي انتقل منه إلى الإسلام دليل على أنه لم يدخل في الإسلام ، فقد جاء في الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ يولية سنة ١٩٥٦ ما نصه :
« ومن حيث إن المحكمة ترى ما سبق إيراد من وقائع أن الزوج في استعماله حق الطلاق ، وذلك بقطع النظر عن جدية إسلامه أو عدم جديته ، وما ثبت من أن الزوج تردد على دار العبادة للدين الذي كان يعتنقه حين الزواج رغم إشهار إسلامه المزعوم ترى المحكمة في استعمال حق الطلاق هذا استعمالاً غير مشروع ، وهي إسقاط حكم النفقة الصادر للمستأنفة طلبةً لأحكام شريعة العقد ، ويتعارض مع قواعد النظام العام التي تقرر قداسة الحقوق المكتسبة بقدر تقريرها حرية العقيدة » .
ونلاحظ أن الحكم أشار إلى عدم جدية إرادته الإسلام بدليل تردده على الكنيسة بعد إعلان إسلامه ، وكنا نود أن تكون هذه أساس الحكم ؛ لأن شهر الإسلام باطل ما دام يتعارض مع شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وهو تردده على الكنيسة ، وهذا لا يمكن أن يكون مسلماً ، وبذلك تسلم له كل النتائج ، وهو وجوب تنفيذ حكم النفقة الصادر من المجلس الملى ، وبذلك لا يكون الطلاق واقعاً ، أما أن يحكم بإسلامه وبوقوع الطلاق ، ثم تنفيذ حكم صادر من محكمة لا يتبناها بمقتضى دينه الجديد فذلك مالا توافق المحكمة المقررة عليه ، على أن النفقة على المعتدة واجبة بحكم الإسلام ، فكان يصح تقريرها على هذا الأساس . وإنا نرى أن الأمثل في هذه القضايا التي يقوم فيها الدليل على بقاءه على دينه القديم هو الحكم ببطان إسلامه و بطلان كل ما البنى على الإسلام .

(٢) الزنار بهم الزاى لمر في القاموس بأنه ما يشاهد على وسط بعض النمبارى والمهوس فهو حزام خاص .

الله عليه وسلم جعل ذلك علامة التكذيب والإنكار ، ولقد جاء في حاشية الشرح السابق مانصه : « المذكور في شرح المقاصد وغيره أن الإيمان المنجى لا يقارن شيئاً من أمارات التكذيب ، وأن التصديق المقارن لشيء منها لا اعتداد به » .

ولقد جاء في حاشية العقائد العضدية : لما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه ، وهو التصديق اللساني أى الإقرار ، لأن التلفظ بالشهادة في الشرع قائم مقامه ما يظهر خلافه قولاً أو عملاً .

هذه نقول تثبت أن النطق بالشهادتين يجب ألا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص إسلامه ، وهو لا ينقطع عن شعائر الدين الذي يعلن أنه تركه ، أو يعلن إسلامه ، وهو لا يزال يحمل الصليب . فإنه في هذه الأحوال وما يشبهها لا يكون مسلماً ، لأن الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها . وإنه يجب أن يتنبه القضاء لذلك ، ويتحققه إن بدرت بوادر تعلن مستور أمره ، وأنه يخفى مالا يبيده . فإن فريقاً من الناس قد اتخذوا الأديان ذريعة لإشباع الرغبات المادية كإعلان الإسلام ليتزوج مسلمة ، ويقضى منها أرباً كما ذكرنا ، أو يعلن الإسلام ليطلق امرأته ، ولايسهل الطلاق في دينه ، أو يعلن الإسلام كيداً للأمة ، وليسهل عليه تدبير الشر .

وفي الشرع الإسلامى ما يقطع على أمثال هؤلاء الطريق ، وإنه ليحدث للناس من الأفضية بمقدار ما يحدثون من شر ، ولقد أغنانا ما عندنا من أحكام على أن نتحدث العابثين بالمبادئ الدينية في هذا الزمان جديداً ، فلنتبع ما عندنا بكل ما فيه ، لكى نمنع ذلك الشر الجديد .

اجراءات لزواج المسلم بالكتابية

٨٥ - ذكرنا أنه يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية ، وأنه إن تزوج المسلم الكتابية يكون له عليها كل حقوق الزوج المسلم مع المسلمة ، ويكون لها كل حقوق المسلمة ، مع ملاحظة أن لاتوارث بينهما ، لأن شرط التوارث بين المسلم وغيره اتحد الدين ، ومع ملاحظة أن الأولاد جميعاً يكونون مسلمين ، بلا فرق بين الذكر والأنثى .

ولما كانت هناك مظنة أن تجهل الكتابية مآقرره الإسلام من حقوق وآثار
للزواج احتاط لها ولى الأمر فى مصر ، وجرى على اتباع النظم الآتية فى توثيق
زواج هؤلاء الكتابيات :

(أ) لا يتولى الموثق المعين لعقود الزواج المسمى بالمأذون - التوثيق ، بل
يتولاه القاضى المختص بنظر قضايا الأحوال الشخصية ، وذلك بنص
المادة ٢٧ من لائحة المأذونين ، فقد جاء فيها : « ليس للمأذون أن
يياشر زواج من لا ولى له من الأيتام ، ولا العقود التى يكون أحد
الطرفين فيها تابعاً لدولة أجنبية ، أو كان غير مسلم ، وإنما ذلك كله
من اختصاص القضاة » .

(ب) قد جعل لهذا الزواج وثيقة خاصة ، قد دون فيها ما للزوج من حقوق
شرعية بمقتضى هذا الزواج ، حتى تكون على بينة من الأمر عند
الإقدام على الزواج ، وتتلى هذه الأحكام على الزوجة ، وتفهم كل
ماتدل عليه ، لتكون عارفة ما لها وما عليها ، راضية بذلك ملتزمة إياه .
(ج) وقد نص فى الوثيقة :

١ - « على أن للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع رضيت بذلك
أو كرهت

٢ - وعلى أن له أن يطلق متى شاء ، قبلت أو عارضت ، وإذا طلقها
طالاقاً بائناً فليس له أن يعيدها إلا بعقد ومهر جديدين ، إذا كانت البينونة
صغرى ، وإذا كانت البينونة كبرى ، فليس له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت
زوجاً آخر ، ودخل بها ، ثم طلقها ، وانتهت عدتها ، وأنه إذا طلقها قبل
الدخول فلها نصف المهر المسمى ، وإذا طلقها بعد الدخول فلها المهر المسمى
كاملاً أو مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول ، ولا تسمية عند العقد فلها
المتعة حسب تقدير القاضى أو اتفاقهما .

٣ - ونص أيضاً على أن له أن يلزمها بالطاعة فى مسكنه الشرعى ،
ويعمنعها من الخروج إلا بإذنه ، وإنها تستحق الفنفقة وقت الزواج وفى العدة .

- ٤ - كما نص على أن الأولاد الذين ترزقهم من المسلم يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم .
- ٥ - وعلى أنه لاتوارث بينها وبين زوجها إذا مات أحدهما ، لأن شرط لمرث المسلم اتحاد الدين ، وأن الأولاد يرثون أباهم ، ولا يرثونها .
- ٦ - ونص على أن لها حق الحضانة ، إذا رأى القاضى ما يمنع من بقاء الأولاد تحت سلطانها ، وأن لها الحق فى إرضاع أولادها ، وأن أجره الرضاعة والحضانة على أبيهم .

الولاية فى الزواج

٨٦ - قد ذكرنا فى شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذاً ، بأن تكون له قدرة على تنفيذ أحكامه : لأنه صاحب الشأن فيه ، إذ يعقد لنفسه ، وهو كامل الأهلية ، أو يكون نائباً فى إنشائه بإنابة الشارع ، وهو الولى على النفس ، أو يكون وكيلًا عن صاحب الشأن فى إنشاء العقد وتولى صيغته .

ولذلك يحق علينا أن نتكلم فى الولاية على الزواج ، والوكالة فيه .

والولاية هى القدرة على إنشاء العقد نافذاً ، وهى قسمان : ولاية قاصرة : وولاية متعدية . والولاية القاصرة هى قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، والولاية المتعدية هى قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع .

والولاية المتعدية قسمان : ولاية على المال ، وولاية على النفس . والولاية على المال هى القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ، وتنفيذها ، والولاية على النفس هى القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد .

ومن هذا يتبين أن الولاية فى الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً ، فقد يكون الولى المالى هو الولى فى الزواج ، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية والولاية على النفس ، وإذا كان الولى المالى هو

الوصى المختار من الأب أو الجد ، أو الوصى الذى يعينه القاضى ، فإن الولاية فى الزواج لا تكون له ، بل تكون للعصبات غير الأب والجد ، وأساس التفرقة فى هذه الحال أن الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال ، وأما الولاية على النفس ، فأساسها أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما ، بل ينال الأسرة منه شئ من العار أو الفخار ، فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات ؛ إذ هم قوم الزوجين .

٨٧ - والولاية فى الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين : ولاية إجبار ، وولاية اختيار أو ولاية الشركة ، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب (١) والولاية الأولى هى التى تعتبر ولاية كاملة ، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه . ولا يشاركه فيه أحد ، وأما الولاية الثانية ، وهى تثبت على البالغة العاقلة ، وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها ، بل يشاركها ولها فى اختيار الزوج ، وينفرد هو بتولى الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج ، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار ، كما تسمى ولاية الشركة لأنه ليس له أن يجبرها ، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي فى ذلك ، ويشتركا فى الاختيار ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان فى شأن زواجها ، ولكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج ، ولذلك يسميها ولاية استحباب .

٨٨ - وولاية الإجبار عند الحنفية تثبت على القاصرين ، فتثبت على فاقد الأهلية ، وهو المجنون المعتوه ، والصبي غير المميز والمجنونة والمعتوه والصبيبة غير المميز ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبي المميز (٢) ، ويجب أن نشير هنا إلى رأى لبعض الفقهاء السابقين فلقد كان له أثر

(١) وهى الولاية على البالغة العاقلة ، فيقرر جمهور الفقهاء أن عليها ولاية ، لأنها ليس لها أن تنفرد بالزواج ولا يثبتها أبو حنيفة ولكن يستحسن أن يتولى ولها العقد .

(٢) يلاحظ أن قانون المحاكم الشرعية منع سماع دعوى الزواج إذا كانت سن الزوجين وقت التقاضى دون السادسة عشرة للزوجة ، ودون الثامنة عشرة للزوج ، ولم يمنع الإنشاء ، ولذلك نتكلم فى العقد على الصغار على اعتبار أن العقد صحيح ولا يمنع القانون من صحته ، والتصادق عليه أمام المحكمة إذا كانت سنها عند التصديق مستوفية للشروط .

في بعض قوانين الأسرة بمصر ، وذلك هو رأى عثمان البنى ، وابن شبرمة ، وأبى بكر الأصم ، فقد قالوا إن ولاية الإجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط ولا تكون على الصغار قط ، فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير ، لأن الصغير يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ، إذ هو لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، فلا حاجة إليه قبله . والولاية الإجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها ، وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغير ، فلا ولاية تثبت على الصغار فيه ، وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال ، فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » فقد جعل الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح أمانة انتهاء الصغير ، وإذن فلا ثمرة في العقد قبل البلوغ لأنه عقد لا تظهر ثمراته قبل البلوغ ، وفي إثباته قبله ضرر بالصغير ، لأنه لا يستفيد من العقد ، ويبلغ فيجد نفسه مكبلاً بقيود الزوجية وهو عقد يستمر في أصل شرعته مدى الحياة .

وبهذا رأى استأنس القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٣ الذي حدد سن الزواج ومنع سماع الدعوى إذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدد ، وقلنا استأنس ، لأن القانون منع سماع الدعوى فقط ، بينما ذلك رأى يمنع صحة الزواج .

وقد استند الجمهور لرأيهم بقوله تعالى في بيان العدة : « واللاتى لم يحضن . فبين بهذا عدة الصغيرة التى لا تحيض ، وهذا دليل على صحة الزواج ، إذ لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح ، وقد استفاضت الأخبار الصحاح بعقد زواج الصغار ، فالنبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهى بنت سبع سنوات وزوج ابن عمر بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير ، وليس في قوله تعالى « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح » ما يمنع صحة العقد ، وكون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد الكبر لم يمنع ثبوت الولاية المالية كشراء عقار لا يغل إلا بعد الكبر فإنه يجوز ، مع أن ثمرات العقد لا تكون إلا بعد الكبر ، والحاجة إلى النكاح ثابتة في الصغير ، لأن الكفاءة لا يتوافر في كل وقت . وعساه يتوافر في الصغير ، ويفوت بعد بلوغ الحلم ، فكان الاحتياط لمصلحة

الصغير يثبتته ، ولذلك اتفق فقهاء الامصار على ثبوت الولاية على الصغار ، ماعدا هؤلاء الثلاثة الذين ذكرناهم ، وقد وافقهم - أى الثلاثة - ابن حزم الظاهري في الصغير ، دون الصغيرة ، لأنه تنصور حاجة الصغيرة إلى الزواج دون الصغير لأن الآثار الواردة عن النبي والصحابه كانت في الصغيرات .

٨٩ - وقد اتفق الفقهاء على أن علة ولاية الإيجار على المجنونة والمعتوهه هي ضعف العقل الذي كان سبب العجز عن تولى العقد وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه ، وأما علة الولاية على الصغار ، فقد اتفقوا أيضاً على أن الصغير هو السبب بالنسبة للصغير ، أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء في علة الولاية عليها ، فقال الشافعي ومالك - وأحمد على قول : إن العلة هي البكارة ، فإذا كانت البكارة فالولاية ثابتة . ولهذا تمتد الولاية إلى ما بعد البلوغ مادامت لاتزال بكراً ، وذلك لأن البكر لاتعرف مصالحها في النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج ، وفهم الرجال ، فكانت البكارة التي هي علة الولاية باقية ، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ، فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ودخل بها ، ثم فرق بينهما لايصح زواجها ثانياً حتى تبلغ ، وتشارك مع ولها في اختيار زوجها ، ولذلك معنى معقول إذ لايصح تكرار زواجها في الصغير لأنه لا حاجة إليه ، وكانت التجربة لا تدعو إلى التكرار ، لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية في الصغيرة هي الصغير ، كالصغير ، إذ الصغير هو سبب العجز والعجز هو الذي وجدت الولاية لسد نقصه ، وقد كان علة الولاية في الصغير ، فيثبت أيضاً علة الولاية في الصغيرة ، ولأن الحكم بأن الولاية الإيجارية تستمر على البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « تستأمر النساء في أبضاعهن » فقالت عائشة رضي الله عنها « إن البكر تستحي يارسول الله » فقال ﷺ « إذنها صباهن » أى سكوتها رضاها .

وإن البلوغ كان سبباً في الولاية المالية الكاملة للبالغة الرشيدة على نفسها فكذلك تثبت ولايتها أمر زواجها مشتركة مع ولها أو منفردة بها ، على اختلاف الفقهاء في ذلك ، ولقد قال في هذا المقام ابن القيم :

« إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج السير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها بغير رضاها إلى من يريد هو ، وهي من أكره الناس فيه ، وهو أبغض شيء إليها ، ومع هذا يذكحها إياه قهراً ويجعلها أسيرة عنده » .
وإذا كنا قد استحسنا الرأي الأول في إفضائه إلى منع الولي من زواج الصغيرة إذا تزوجت وكانت فرقة بعد أن كانت ثيباً ، ونراه أرجح في الناحية العملية من مقابله - فإننا نختار في البكر البالغة الرأي الثاني الذي يمنع الولاية الإجبارية عليها بعد البلوغ .

٩٠ - من له ولاية الإيجار : ولاية الإيجار عند مالك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج ، بيد أن أحمد يشترط في ولاية الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج ، والشافعي أثبت ولاية الإيجار للأب والجد ، لأن الجد أب عند فقد الأب ، وهذا كله في الصغير والصغيرة وأما في المجنون والمجنونة ومن في حكمهما فأضافوا إلى الأولياء المذكورين الحاكم ، وخالف الشافعي فقال : تكون له ولاية الإيجار على المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح بدليل كأن يقول طيب عادل في المجنونة الثيب مثلاً إنها تشفى من علتها إذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طيب عادل إن الزواج دواء له .

وقال الحنفية وقولهم هو المعمول به في مصر : إن ولاية الإيجار تثبت للعصبات جميعاً ، وقال أبو حنيفة ، تثبت للعصبة وللذوي الأرحام .

وحجة الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد في قصرهم الولاية على الأب ، أو الأب والجد على رأي الشافعي أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولي عليه ، وهؤلاء ليسوا في حاجة إلى الزواج ، وعند ثبوت الحاجة في المجانين وغيرهم تثبت ، ولكن لأن الأب والمر الشفقة يعرف مصلحة أولاده فتثبت له الولاية لكمال شفقتهم ، والآثار الواردة في زواج الصغار كانت ولاية الزواج فيها للأب ، والجد كالأب في كثير من الأحكام ، ولذا ألحقه الشافعي به .
ولا يقاس غير الأب والجد على الأب ، لأنه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار للقاصرين مثله ، فلا تثبت له قياساً .

أما الحنفية في اعتبارهم الولاية لكل العصابات فقد أثبتوا قولهم بالقرآن والسنة ، والقياس ، فقد قال الله تعالى ، « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها أنها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها - ويرغب في نكاحها ، ولا يقسط لها في صداقتها ، فهذا يدل على أن اليتيمة ، أى الصغيرة التي مات أبواها قد يرغب وليها في نكاحها ، ولا يعطيها مهر مثلها ، والولى الذى يتزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم ، بل يكون ابن العم مثلاً ، فهذا يدل على أن العصابات جميعاً لهم ولاية التزويج ، واللوم في الآية في أنهم يتزوجون من يكنى في ولايتهم من غير أن يعطوهن مهر المثل ، ولقد زوج النبي بنت عمه حمزة من ابن أوى سلمة وهما صغيران ، ويقول في هذا المقام السرخسي في مبسوطه : « والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبدالله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم » .

وأما القياس فهو أن العصابات يثبت لهم سلطان في شأن زواج البالغة بعد بلوغها باتفاق الفقهاء ، ويختلف ذلك السلطان باختلاف آرائهم مع اتفاقهم على أصله ، فالجمهور يجعل للولى العاصب حق مشاركتها في اختيار الزوج ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة يجعل له الحق في الاعتراض ، إن لم يكن الزوج كفؤاً ، بل يفسد الزواج لأجله في بعض الروايات عنه ، وهذا نوع ولاية .

وإذا كان للعصابات عموماً نوع ولاية بعد البلوغ ، فلهن ولاية قبله : لأن البلوغ وبه كمال العقل والتقدير من شأنه أن يحمو الولاية ، لا أن يشبها ، فإذا ثبت بعده ، فعنى ذلك أنها كانت ثابتة قبله ، وهى بعد البلوغ تكون مشتركة وقبله تكون إجبارية ، إذ القاصر ليس أهلاً للمشاركة في ذلك ، وكون غير الأب والجد شفقتهم أقل من الأب والجد لا تقتضى محو الولاية عنهما ، ولكن يقتضى أن تكون ولايتهم دون ولايتها ، وكذلك كان فإن قوة الولاية لغيرهما دون قوة ولايتهما على ماسنين .

٩١ - اتفق أبو حنيفة وأصحابه على ثبوت ولاية التزويج للعصابات ،

ولكنهم اختلفوا بعض الاختلاف في ترتيبهم ، واختلف أبو حنيفة مع
الصاحبين في ثبوت هذه الولاية لغير العصبات من الأقارب .
والعصبات هم كل قريب ذكر يتصل بالمولى عليه اتصالاً لا ينفرد بالتوسط
بينه وبينه أنثى ، وترتيبهم هنا كترتيبهم في الميراث على اختلاف قليل ، وكما
سبين وهم :

- ١ - فروع الشخص من الذكور الذين لا يتوسط بينه وبينهم أنثى
- ٢ - أو أصوله كذلك
- ٣ - وفروع أبيه الذين لا يتوسط بينه وبينهم أنثى ، كالأخ الشقيق أو
لأب وابن الأخ كذلك
- ٤ - ثم فروع الأجداد الذين لا يتوسط بينهم وبينهم أنثى كالعم ، وإن
علا أبوه ، وابن العم .

وإذا كان للقاصر ولي عاصب واحد انفرد هو بالولاية ، وإن تعدد
الأولياء قدم الفروع على الأصول ، ثم الأصول على الإخوة وأولادهم ،
وهؤلاء على الأعمام وأولادهم ، فإن اتحدت الجهة قدم أقربهم درجة ، فيقدم
الأب على الجد ، والابن على ابن الابن ، والأخ ولو كان لأب على ابن
الأخ ، ولو كان الأخ شقيقاً ، لأنه أقرب درجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة
قدم أقواهم قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأب وأم ، فيقدم الأخ
الشقيق على الأخ لأب ، ويقدم العم الشقيق على العم لأب ، وهكذا ، وإن
اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كان كلاهما ولياً ، وأيهما زوج صح
زواجه ، فإن زوج كلاهما اعتبر زواج المتقدم ، فإن لم يعرف المتقدم أبطل
زواجهما لعدم ترجيح أحدهما على الآخر .

- ٩٢ - وقد سرنا في الترتيب السابق على ترتيب الميراث ، وقد حصل
خلاف في بعض الترتيب السابق ، وفي بعض الأحكام ، ولندكره وهاهو ذا :
- (١) جرى خلاف في تقديم ابن المعتوه على أبيها في زواجها ، فقد قال
الشيخان إن الابن وفروعه يقدمون على الأب والجد ، لأن ذلك هو
ترتيب العصبات في التوريث . وهو مبنى على مقدار قوة العصبوبة في
(م ٨ - الأحوال الشخصية)

في كل جهة من هذه الجهات ، وكل درجة من درجاتها ، وعلى ذلك تكون قوة التعصيب في الابن أكثر من الأب ، والتعصيب سبب الولاية ، فيكون الابن أسبق .

وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أوفر شفقة ، وأكثر خبرة ، فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس وعلى المال معاً ، بينما الابن لا تثبت ولايته إلا على النفس ، أى التزويج فقط ، فكان هذا دليلاً على أن صلة الأب من حيث الولاية أقوى ، والعرف في كل الأمصار والعصوراً على ذلك .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : أيهما زوج ، فزواجه صحيح ، أى أنه اعتبرهما في درجة واحدة ، لأن كل واحد منهما قام به سبب من أسباب التزويج ، فالأب أوفر شفقة . وهو ولى المال ، والابن أسبق في الميراث الذى هو أمانة قوة التعصيب ، فتعادلاً ، فكانا في درجة واحدة ، وإذا اجتمعا قدم الأب .

ويقول صاحب البدائع « والأفضل أن يفوض الابن الإنكاح (أى التزويج) إلى الأب احتراماً له واحترازاً عن موضع الخلاف » .

(ب) إذا كان هناك وليان في درجة واحدة وقوة قرابة ، وجهة واحدة ، فقد ذكرنا أنهما يكونان وليين ، وأيهما زوج فزواجه صحيح ، والزواج للسابق منهما ، أى أن الولاية تثبت كاملة لكل واحد منهما ، وقد قال بعض العلماء إن الولاية تثبت لهما مجتمعين ، أى أنه لا يحل لواحد منهما أن يزوج وحده ، بل لابد من اجتماع رأيهما ، لأن مصلحة القاصر في أن يجتمع رأياهما ، ولأن الولاية لأجل المصلحة ، وعند اختلافهما لا تتأكد هذه المصلحة .

وحجة الرأى الراجح في المذهب الحنفى ، وهو الأول أن الولاية لا تقبل التجزئة ، لأن سببها القرابة وهى لا تقبل التجزئة ، فإذا ثبتت تثبتت كاملة ، وإذا ثبتت كاملة يكون لكل واحد منهما حق الانفرد .

(ج) من المقرر أن الأقوى قرابة مقدم على من دونه فالأخ الشقيق مقدم على

على الأخ لأب ، وهذا رأى أبى حنيفة والصاحبين ، ولقد قال زفر :
إن الأخ لأب فى ولاية الزواج كالأخ الشقيق تماماً لأنهما قائمان مقام
الأب ، وصلة الأخ الشقيق والأخ لأب ، فالأب واحد ، لارجحان
لأحدهما على الآخر فى النسبة إليه ، ولأن أساس الولاية فى الزواج
القربة الأبوية ، فلا عبرة فيها بقربة الأم ، فتعتبر هنا فى حكم اللغو ،
فلا تفيد قوة ولا ترجيحاً .

وحجة الإمام والصاحبين أن الولاية للعصبات وهى فى ترتيبها كالميراث
والأخ الشقيق مقدم على الأخ فى الميراث فيقدم هنا ، والأم ليست ملغاة فى
تقوية القربة الموروثة . فكذا هنا لا يلغى اعتبارها مرجحة .

(د) من البيان السابق فى الترتيب يتبين أن الجد الصحيح (وهو أبو الأب)
وإن علا إذا لم تتوسط أنثى (مقدم على الإخوة الأشقاء أو الأب ،
وظاهر عبارات الفقهاء أن ذلك بالاتفاق ، ولكن ذكر أبو الحسن
الكرخى أن تقدمه على الإخوة هو رأى أبى حنيفة ، أما الصاحبان
فرايها أنه معهم على سواء ، فهو يشارك فى الولاية الأشقاء أو الإخوة
لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم فى الميراث فيحجبهم ،
والصاحبان يجعلانه معهم عصبة ، والترتيب فى ولاية الزواج يسير
مع الميراث تماماً .

ولقد ذكر السرخسى فى مبسوطه أن الأصح هو أن تقديم الجد رأيهم
جميعاً ، لأن الولاية فيها معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد فوق شفقة الأخ .

٩٣ - وإذا لم يكن للقاصر عصبات فإن الولاية تنتقل إلى ولى الأمر
يتولاها القاضى الذى ذكر له ذلك فى مرسوم تعيينه ، وهذا عند أبى يوسف
ومحمد ، على الرواية المشهورة عنه ، وقال أبو حنيفة إن الولاية تنتقل إلى بقية
الأقارب على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم ، فتنقل الولاية إلى الأم ، ثم البنت
ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم
الجد أبى الأم ثم الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأب ، ثم الإخوة والأخوات
لأم ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم لسائر ذوى الأرحام : العمات ،
ثم الأخوال والحالات ، ثم بنات الأعمام ثم أولاد السابقين .

والأصل الذى قام عليه الخلاف بين الإمام والصاحبين أن الإمام يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب ، لأن العصابات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو فخاره ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الإنكاح إلى العصابات » فقد قصر الإنكاح عليهم ، فكان التعصيب هو السبب .

ووجهة نظر أبى حنيفة فى اعتبار القرابة الشفقة سبب الولاية — أن هذه الولاية لمصلحة المولى عليها أولاً ، وهؤلاء أولى من السلطان ، لأنهم أكثر عناية بالمصلحة منه ، بمقتضى صلة القرابة الشفقة ، لقد أثر عن عبدالله ابن مسعود الصحابى القيقه أنه أجاز لامرأته أن تتولى عقد الزواج لابنة لها من غيره وما كان لئله أن يجيز إلا وهو يعلم مضدر ذلك من علم الدين ، والراجح عند كمال الدين بن الهمام وغيره هو رأى أبى حنيفة .

٩٤ — غياب الولى القريب : قد تبين مما تقدم أن الأولياء مرتبون ، كل ولى أقرب يحجب من بعده ، فالأخ يحجب ابن الأخ ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب على ما علمت فى ذلك ، وإذا غاب الولى القريب غيبة يحشى معها فوات الكفء إذا انتظر حضوره أو استطلع رأيه ، فقد قال أبو حنيفة وأصحابه إن الولاية تنتقل إلى الولى الذى يليه فى الدرجة (١) وذلك لأن الولاية ثابتة للولى البعيد ، كما هى ثابتة للولى القريب ، ولكن قدم القريب لأنه أولى ، فإذا تعذر عليه تولى العقد زالت أولويته ، فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ، لابقيامه مقام الغائب ، وإنما زالت أولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لأنه أوفر شفقة ، فيكون أشد حرصاً على المصلحة من غيره ، وبغيبته تفوت المصلحة إذا انتظر — فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطاناً بغيبته ، وإنما لم تثبت ولاية القاضى لأنه لا ظلم ، حتى يرفع إليه أمره ، ولأن السلطان ولى من لا ولى له ، وهنا أولياء كثيرون يسبقونه .

(١) هذا رأى الجمهور ، ورأى الشافعى أن الولاية تكون للسلطان ، لأن الولاية لمن يليه غير ثابتة ، فبالغياب تزول ولايته فتكون الولاية للسلطان ، وقال زفر : تستمر ولاية الغائب وينتظر ، ولا تنقل لسواه ، لأن النياب لا يزيلها فهى قائمة ، ولا ظلم حتى يتولى القاضى رفعه .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه ، فهل تزول ولاية الغائب الأقرب ؟ قال بعض المشايخ تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت رأى الأقرب غير متفجع به ، فلا تبقى ولايته ، ولأنه لو بقيت ولايته لأدى إلى بعض الفساد ، لأنه ربما يزوج الغائب والحاضر ، فيفسد أحد العقدين لاحالة ولائمة في بقائها ، والذين قالوا هذا القول من المشايخ أكثر عدداً .

وقال بعض المشايخ أن ولاية الغائب تستمر ، وأقصى ما أحدثته الغيبة أنها أزلت أولويته ، وجعلت الحاضر في مرتبته ، وذلك لأنه لا تنافي بين الولايتين ، فتجتمعان ، ولذلك نظير فيما إذا كان الوليان في درجة واحدة . وقوة قرابة واحدة ، ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، إذ لا يفوت الانتفاع بولاية الحاضر ، الذى يجعله حضوره أكثر مراقبة للأمر ، ولا يفوت الانتفاع بولاية الغائب الأقرب الذى يجعله شفقتة الزائدة أكثر حرصاً على المصلحة .

٩٥ - امتناع الولى من غير سبب شرعى : إذا امتنع الولى من زواج

من هو فى ولايته كأن يكون المولى عليه مجنوناً وأثبت الطب أن فى الزواج علاجه أو ثبت أن مصلحة له فى زواجه ، ووجد الكفاءة وكان امتناعه بغير سبب شرعى يبرره - فإن الولاية فى هذه الحال تنتقل إلى القاضى ، وإن لم يذكر فى مرسومه أن له ولاية التزويج ولكن بشرط ألا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياه ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء ، لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » . وإن ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار ، بل لا يخلو من اشتجار الأولياء عليه ، إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ، ولأن الامتناع من غير سبب شرعى يبرره - ظلم ، وولاية رفع المظالم للقاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه ويؤدى الامتناع إلى ظلم ، فإن القاضى يتولى الأمر بالنيابة عنه إذا تعين طريقاً لرفع الظلم ، ألا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد ديونه إذا امتنع عن البيع والسداد ، لأن ذلك هو السبيل لرفع ظلم المظل .

ولأن القاضى إذ يقوم بالعقد يكون عقده نيابة عن الولى العاضل (أو الممتنع

ظلماً) عقده في قوة عقد ذلك الولي ، فإن كان الولي هو الأب كان العقد في قوة عقده ، وإذا كان هو الأخ كان في قوة عقده ، وهكذا ، وإنما يعد الولي ممتنعاً مع وجود حق إذا كان ممتنعاً مع وجود الكفء ومهر المثل بلاسبب .

٩٦ - الوصاية في الزواج : وللأب أن يقيم وصياً عنه في الزواج كما أن له أن يقيم وصياً في المال ، قال مالك رضي الله عنه إن ذلك جائز ، لأن الوصي نائبه بعد الوفاة ، كما أن الوكيل نائبه في الحياة ، وقال ذلك القول ابن أبي ليلى ، وقال أحمد : إن نص الأب على الزواج صحته الوصاية بالزواج ، وقال بعض الفقهاء إن كان للقاصر الأهلية ولي عاصب لا يجوز الإيضاء ، لأن الولاية للعاصب فتعين وصي مصادمة لحكم الشارع فلا يجوز ، وإن لم يكن للقاصر ولي عاصب ، يجوز الإيضاء ، لأنه يكون ولاية خاصة . فتقدم على ولاية القاضي العامة ، ولا مصادمة لحكم الشارع .

وقال جمهور الفقهاء إن الإيضاء في الزواج لا يجوز ، لأن النكاح إلى العصبات بنص الحديث ، وهذا كلام يفيد القصر عليهم ، لأن مصلحة الولي والمولى عليه تتلاقى في الزواج . ولا يتوافر ذلك في الوصي إذا لم يكن منهم ، والمصلحة في الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات ، لذلك كانت الولاية لمن تكون مصالحهم متفقة في الجملة مع مصلحة المولى عليه ، بخلاف المال فإن المصلحة فيه تعرف بالكتاب والحساب ، فلا تخفى فيجوز في الولاية المالية الإيضاء .

مراتب ولاية الاجبار

٩٧ - الأساس في ثبوت ولاية الإجبار يتكون من أمرين :

(أولهما) الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية أمره في حالة قصره ، وفي قابل حياته بعده .

(ثانيهما) حسن الرأي وتخير أوجه النفع ، فإذا توافر هذان الأمران كاملين من غير أي شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازماً يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ، ولا يقيد الشارع ذلك الولي بأي نوع من القيود ، فلا يقيد بكفاءة ، ولا مهر المثل ، أما إذا نقص أحد هذين

الأميرين بأن يكون الولي غير كامل الشفقة ، أو غير حسن التدبير ، فإن الولاية لا تكون كاملة ، فلا تشمل كل الأحوال ، ولا تكون مطلقة من كل القيود ، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء إلى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى : الأب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار ، ولم يشتهروا بالهجنة والفسق ، وهؤلاء إذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار ، ولأخيار إفاقة بالنسبة للمجنون والمجنونة ، ويصح العقد ويلزم سواء أكان الزواج من كفاء وبمهر المثل أم كان من غير كفاء وبأقل من مهر المثل ، مما يتغابن فيه الناس أو لا يتغابنون ، وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتباههم بما يتنافى مع حسن الرأي ، ورعاية المصلحة ، يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وهذا رأى أبي حنيفة . ورأى الصاحبين ، أن العقد لا يدخله خيار بلوغ أو إفاقة ، ولكن لابد من الكفاءة ومهر المثل ، إذ لابد من التقيد بالمصلحة الظاهرة ، وذلك لأن هذه الولاية للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة ، ووجهة أبي حنيفة أن الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم إلى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر المصلحة لنفسه ، ويقدم على الزواج من غير كفاء وبدون مهر المثل ، لاعتبارات أخرى كالأخلاق وما يرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعاني المقصودة في الزواج ، وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة ، فاشتربت المصلحة الظاهرة .

المرتبة الثانية : الأب والجد والابن الذين عرفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالهجنة والفسق ، وقد اتفق أبو حنيفة وأصحابه على أنه لا يجوز تزويج واحد منهم إلا من كفاء وبمهر المثل ، فإن زوج من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل لم يصح (١) العقد ، وإذا كان الزواج من كفاء وبمهر المثل صح

(١) اختلفت عبارات الكتب في فساد هذا العقد ، فمبارة ابن عابدين أنه لا ينمقد فاسداً ، ولكن يكون للمولى عليه إبطاله بعد زوال سبب القصر ، ولكن جاء في البحر مانعه : .

العقد لازماً ، وليس فيه خيار بلوغ أو إفاقة ، والتقيد بالكفاءة لازم ، سواء أكان المولى عليه ذكراً أم أنثى ، لأن هؤلاء وإن توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم ، بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك فكانت الولاية ناقصة ، فدرىء النقص باشتراط الكفاءة ومهر المثل .

المرتبة الثالثة : بقية العصبات غير الأب والجد الصحيح والابن ، وهؤلاء شفقتهم ليست كاملة ، لأن قرابتهم قرابة الحواشي ، وليست من حيث الشفقة كقرابة الولادة ، وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أنه في هذه المرتبة لا يصح الزواج إلا بكفاءة وبمهر المثل ، فلا يصح بأقل من مهر المثل إن كان الزوج أنثى ولا يصح بأكثر من مهر المثل إن كان الزوج ذكراً ، وذلك لأن نقص الشفقة اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ، إذ لا يمكن الاعتماد على المقاصد المصلحية الخفية لعدم وفور الشفقة التى تجعلهم كالآباء والأبناء .

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فإنه إذا صح العقد لا يكون لازماً بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ إذا زال سبب القصر ، فإذا كان سبب القصر الصغر فله الفسخ بخيار البلوغ ، وإن كان سبب القصر الجنون واستفاق فله الفسخ بخيار الإفاقة ، ولذلك جاء في فتح القدير : « غلام بلغ عاقلاً ثم جن ، فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً . . فإن أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فله الخيار » .

وكان ثبوت الخيار بعد زوال سبب القصر لأن عقد الزواج هو عقد الحياة كما علمت ، فلا يصح أن يلزم الشخص بعقد لم يتوله بنفسه ، ولأنه يعتبر مثل نفسه بل أشد غيره ، وهو الأب والجد والابن أحياناً ، ولذا كان له الحق في النظر من جديد في شأنه بعد زوال قصره ، فإن رضى ببقائه بقى ، وإن لم يرض ببقائه نقضه القاضي بطلبه .

« قد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة أن النكاح باطل ، فظاهر أنه لم ينعقد ، وفي الظهيرة يفرق بينهما ، ولم يقل باطل ، وهو الحق » .

وقد قالوا إن هذه الحال إذا كان الأب مشهوراً بسوء الاختيار والفسق فإن لم يكن مشهوراً لا يبطل إذا كان بغير كفاءة أو ليس بمهر المثل . وعلى ذلك يقولون إذا زوج الأب بنتاً له وهو غير مشهور بسوء الرأي ثم اشتهر ، فالزواج صحيح من غير قيد ولا شرط « ابن عابدين » .

٩٨ - وثبوت خيار البلوغ أو الإفاقة أى حق الفسخ عند زوال سبب القصر هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، وأبى يوسف فى قوله الأول ، أما قوله الأخير فالنكاح من غير الأب والجد والابن بعد تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل لاختيار للقاصر فى فسخه بعد زوال القصر ، وذلك لأن الشارع أقام الولى نائباً عن القاصر ، فكأن القاصر قد عقده ، ولا يصح نقض ما قام به نائبه الذى كان كشخصه ، ولأن العقد كانت فيه مصلحة ظاهرة ، وأقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد إقرار الشارع له ، واعتبار وجه المصلحة ، إذ إثبات الخيار إنما يكون لدفع الضرر ، ولقد قرر الشارع أنه لا ضرر فيه بما احتاط من قيود ، وتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبى صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن أبى سلمة ، وقد وردت آثار فى ثبوت ذلك الخيار عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، وبأن هناك أضراراً خفية معنوية من سوء العشرة أو جفاف الطبع ، وهذه أضرار لها مكانها فى الزواج ، ولا تضمن ملاحظتها من غير الأب والجد والابن . لذلك كان للقاصر بعد زوال قصره أن يلاحظها بنفسه ، فيعطى حق طلب الفسخ إن وجد ضرراً من هذا النوع .

ويجدر بنا أن ننبه إلى أمرين كانا موضع نظر :

(أحدهما) ولاية القاضى أثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى إلى قسمين (القسم الأول) ولاية يتولاهما باعتباره ولى الزواج ومرتبته آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ أو الإفاقة . (والقسم الثانى) ما يتولاه القاضى من عقود رفعاً لظلم امتناع الولى عن التزويج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين فى هذا القسم أن تدفع قوة ولايته ، أى ولاية الولى العاضل ، فإن كان الممتنع الأب أو الجد أو الابن لم يكن للقاصر الفسخ عند زوال القصر ، وإن كان العاضل غير هؤلاء فللقاصر الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة .

(الأمر الثانى) إذا زوجت الأم ، (وهذا جائز عند أبى حنيفة) أثبت الخيار بعد زوال القصر ، أم لا يثبت ؟ عن أبى حنيفة فى ذلك روايتان : (إحداهما) وهى الأصح أن الخيار يثبت ، لأن ولايتها تلى مرتبة العصبات من

الحواشي وهؤلاء يثبت الخيار في تزويجهم . فأولى أن يثبت فيها ، إذ ولايتهم أقوى ، ولأنها وإن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد - تدبيرها غير كامل فلم تكن ولايتها كاملة (والرواية الثانية) وهي غير الراجحة أن الخيار لا يثبت لوفور الشفقة إلى أقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة ، فلا حاجة إلى الخيار من بعد .

٩٩ - وإذا ثبت الخيار بالبلوغ ، أو الإفاقة ، فإنه لا يتم الفسخ إلا بشرطين (أولهما) ألا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار (ثانيهما) الطلب من القاضي ، ولا يتم الفسخ إلا بحكم القاضي وقبل أن يحكم القاضي بالفسخ ، الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة ، فتجب الطاعة ولا يسقط أى حق من حقوق الزوجية ، لأن واحداً من الزوجين قبل الآخر وإذا مات أحدهما قبل الحكم ورثه الثاني ، ولو كان هو طالب الفسخ وذلك :

١ - لأن حق الفسخ بخيار الإدراك (أى خيار البلوغ أو الإفاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء ، ولذا احتج في تمامه إلى حكم القاضي ليقوى به .

٢ - ولأن النكاح أوجد حقوقاً شرعية قائمة على أساس شرعى صحيح ، وكل حق وملك ثبت بأصل شرعى لا يزول إلا بالتراضى أو حكم القاضي ، فكان لابد من حكم القضاء ، ولو مات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ورثه الآخر لقيام الزواج قبل الحكم .

وبلاحظ أن القضاء شرط للفسخ . لاثبوت الخيار ، ولذلك كان عمل القاضي هو التحرى من أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر ، ويقضى برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، فالرضا صراحة مثل : اخترت النكاح أو رضيت بالزواج أو أجزته ، أو نحو ذلك من العبارات المعلنه للرضا ، وأما الرضا بطريق الدلالة فهو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح ، ومنه سكوت البكر عقب البلوغ إذا علمت بالزواج والبلوغ

لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها إذا أعلمها الولي بالزواج والمهر ليستشيرها في إنشاء الزواج ، فأولى أن يكون دليلاً على الرضا بعقد موجود ثابت ، لأن الرضا في الإنشاء ألزم من الرضا في الإبقاء ، ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقرير النفقة والمهر ، قبل طلب الفسخ .

والبلوغ أو الإفاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فإذا سكنت البكر بعد البلوغ غير عالمة بالنكاح ، فإن السكوت لا يعتبر رضا .

هذا وإن الرضا إنما يعتبر مسقطاً للخيار إذا كان بعد البلوغ ، لأن الإسقاط لأمر شرعى لا يكون إلا بعد وجوده ، وقبل البلوغ أو الإفاقة لم يوجد الخيار ، فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا أو الفسخ قبل البلوغ أو الإفاقة لا قيمة له ولا اعتبار .

١٠٠ - وقبل أن نترك الكلام في ولاية الإجبار في الزواج نقول كلمة موجزة في زواج الصغار والمجانين في القوانين المصرية .

أما بالنسبة للمجانين فلم يوجد ما يمنع الولي من زواجهم ذكوراً كانوا أو إناثاً ، إذا كانوا كباراً . فالولاية الشرعية للعصبات ثابتة من غير مانع إلا في النواحي المالية التي جرى العمل على استئذان المحكمة الحسنية بالنسبة لها .

أما الصغار فإن زواجهم إلى ما قبل القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٢ ، لم يكن فيه ما يقيد الأولياء ، وهذا القانون بلاريب قد قيد حرية الأولياء عند توثيق العقد ، إذ أنه في سبيل تنفيذ أحكامه منع الموثقون من توثيق العقد إلا إذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج لا يقل عن ثمانى عشرة (١) .

(١) أصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٥٨ المؤرخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من استيفاء شروط السن وخلاتها :

(أ) أن الذين لا يشبه في بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون الوثيقة الخاصة بزواجهم من غير طلب شهادة بسنهم ، وينص في الوثيقة على ذلك .

(ب) وأن من يشبه في حقيقة سنهم تقدم شهادة ميلاد دليلاً ، أو شهادة طبيب واحد أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازماً كإعلام رفع الرصاية ، وإن لم يكن =

ولقد كان الحكم الجوهري في ظاهر القانون ألا تسمع الدعوى إذا كانت سن الزوجين وقت الإنشاء دون هذه السن المحددة ، ولو كانت عند التقاضي لاتقل عن هذه السن . ولكن رؤى في القانون الصادر في سنة ١٩٣١ برقم ٧٨ أن يكون التقيد بهذه السن عند التقاضي . لاعند الإنشاء ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مانصه :

« كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج ، سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد . فرؤى تيسيراً على الناس ، وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة ، وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

وقد بنى ذلك القانون على أمرين : (أحدهما) أن لولى الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وبمقتضى ذلك الأصل منع ولى الأمر القضاء من سماع دعوى الزوجية أو أى أثر من آثارها المبنية على الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين وقت التقاضي دون السن المحددة .

(ثانيهما) أنه استأنس بما قرره عثمان البتي وابن شبرمة وأبو بكر الأصم

= شئ من ذلك فلا بد من شهادة اثنين من لهم معرفة بالزوجين .

هذه خلاصة المنشور ؛ ونرى فيه أنه يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلاوغ السن ، فتكتب الوثيقة بشهادتهما ، ولقد كان بعض الشهود يكذب فيذكر سناً غير صحيحة . واختلاف في اعتبار ذلك تزويراً في وثيقة رسمية ، حتى أصدرت محكمة النقض حكماً لم تعتبره تزويراً في ورقة رسمية إذ كان الكذب في غير موضوع الورقة الرسمية فلا يعد تزويراً ، وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٢٣ . ونص على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن في وثيقة الزواج . وجاء في مادته الثانية : « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج - أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً ، كذلك من ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص شواه القانون سلطة ضبط عقد الزواج ، وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون » .

من أن زواج الصغار لا يصبح ، لأنه لا ولاية لأحد عليهم في الزواج إذ الولاية في الزواج تثبت على المولى عليه لأجل حاجته ، ولا حاجة عند الصغار ، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، وقد بينا ذلك الرأي في صدر كلامنا في ولاية الإيجاب .

بيد أن القانون لم يسر في مسار هؤلاء الفقهاء ، لأنه يتعرض لصحة الزواج بل اتجه فقط إلى سماع الدعوى ، بينما رأى أولئك يتجه إلى بطلان العقد كما بينا ، لعدم وجود الولاية ، وإنما اتجه ولى الأمر في مصر ذلك الاتجاه ليكون قانونه في الحملة متلائماً مع رأى جمهور الفقهاء معتمداً على أصولهم ، فاكنتى بمنع سماع الدعوى ، حتى لا يكون متبعاً لغرائب الفتاوى التى تعد شاذة عند جمهور العلماء .

ولقد ضيق النظام ، فنع ضبط عقد الزواج إذا لم يكن متفقاً مع شروط سماعها ، وسد باب الكذب والتزوير بوضع العقوبات الرادعة المانعة .

ويلاحظ أن منع السماع لعدم بلوغ السن غير مقيد بحال الإنكار ، بل ثبت المنع سواء أكان في حال إنكار أم في حال تصديق ، كما يلاحظ أنه لا تزال ثمة ثغرة يمكن بها المخالفة . وذلك بإنشاء عقد الزواج غير موثق ، إذا كانا غير بالغين هذه السن ، ثم يرفعان عند بلوغ السن بأثر من آثار الزواج ، ويتصادقان على الزواج ، فيكون التصديق وثيقة رسمية ، ولكن من النادر أن يقدم أحد على ذلك ، لأنه عقد له خطره فلا يقدم عليه أحد إلا في نور لاظلام فيه .

ولاحاجة شرعاً لأن يُستأذن الولي على النفس محكمة الأحوال الشخصية الخاصة بالرقابة على أموال القاصرين ، ولكن أوجب القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ضرورة إخبار هذه المحاكم ، فقد جاء في المادة ٣٧١ من هذا القانون مانصه :

« لا يجوز مباشرة عقد زواج اليتيمات القاصرات اللاتي هن مرتبات بالروناجعة ، أو هن ماتزید قيمته على عشرين ألف قرش إلا بعد المخاطبة مع مجلس حسي الجهة التابع لها محل إقامة اليتيمة والترخيص منه بذلك » .

وهذا النص بلا شك يوجب استئذان محكمة الأحوال الشخصية دائرة اليتامى ، لالصححة الزواج ، ولكن للمحافظة على مال القاصرة ، ويلاحظ أن ذلك خاص بالقاصرة اليتيمة ، ويصحح أن يثبت بالقياس الأمر بالنسبة لسائر القصر ، لأنهم يتكفلون أموالاً في الزواج ، وخصوصاً أن المهر سيكون واجب الدفع من ماله إذا لم يتبرع له أب أو أم أو جد ، أو نحوهم . والنفقة واجبة على القاصرين .

ولذلك كان لا بد من الاستئذان لأجل المال لا لأجل التزويج ، وقد قصر حكم من محكمة الاستئناف ذلك على القاصرين دون المحجور عليهم (١) .

(١) ومن الخير أن نذكر هنا ذلك ، حكم محكمة طنطا الاستئنافية الصادر في ١٦ أبريل سنة ١٩٥٧ . وقد جاء فيه :

« ومن حيث إن المقرر شرعاً أنه إذا كان مريد الزواج صغيراً غير مميز أو كبيراً غير عاقل ، لا يصح عقد الزواج إلا بالولي ، والوصى لا ولاية له في التزويج لأن ولايته على المال ، لا على النفس ، والولاية في الزواج قسمان : ولاية إجبار ، وولاية استحباب ، فالأولى تكون بالنسبة للصغير والصغيرة ، ومن في حكمها ، والثانية بالنسبة للكبيرة المكلفة ، ومقوتة تثبت الولاية لواحد من الأولياء ، سواء أكان أباً أو جداً أم غيرهما ، وسواء كان عصبه أم غير عصبه ، وسواء أكان قريباً أم غير قريب (يلاحظ أن غير قريب لا يكون إلا بتعيين القاضي ، إذ لا وصاية إلا في ولاية التزويج) جاز له أن يزوج الصغير والصغيرة بكر أو ثيباً ، والمجنون والمجنونة ، والمتوهم والمتوهمه جبراً رضي كل واحد منهم بهذا التزويج أم لم يرض ، لأن كلا منهما ناقص العقل أو فاقد فلا يهتدى إلى الصالح له ، فيجعل الشارع الولي ناظراً لمصالحهم ، ففي رأي المصلحة في شيء فعله .. والأصل أن ولي النفس لا يستأذن أحداً في تزويج الصغير أو المحجور عليه ، إلا أن الشارع رأى محافظة على أموال القاصرات ورعاية لمصالحهن موافقة محكمة الأحوال الشخصية على تزويجهن ، فنص في المادة ٣٦٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتغل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها على أنه لا يجوز ... وتمشياً مع ما جاء بهذه المادة نص في المادة ٩٧٣ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية على أن تختص محكمة المواد الجزئية بالإذن بزواج القاصر في الأحوال التي يوجب القانون استئذان المحكمة فيها إذا كان مال القاصر لا يتجاوز ثلاثة آلاف جنيه ، فإذا تجاوز هذا القدر كان الاختصاص للمحكمة الابتدائية وفقاً للمادة ٩٧٣ ... ومن حيث إن المادة ٩٧٣ التي نصت على انفرد المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفع والإشراف على إدارة القيم وعزله واستبدال غيره به والإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله لإدارتها وتقدير نفقة له ، وما إلى ذلك من المسائل الأخرى التي نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة المذكورة لم تشر أية إشارة إلى تزويج المحجور عليه أو الإذن به ، ومن حيث إنه يؤخذ من ذلك أن استئذان محكمة الأحوال الشخصية غير لازم إلا في حالة تزويج القاصر فقط ، أما في حالة تزويج المحجور عليه أو الغائب فلا يلزم ذلك ، ومن حيث ما يترتب =

١٠١ - شروط الولى : يشترط فى الولى أن يكون كاملاً أهلية ؟
لأن فاقده الأهلية لاعتبار له - بل عبارته ملغاة ، وناقص الأهلية ليست له ولاية تزويج نفسه . فأولى ألا يملك تزويج غيره ، وعلى ذلك يجب أن يكون الولى عادةً بالغاً حراً - ويشترط اتحاد الدين بين الولى والقاصر ، لأنه لأولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لأولاية للمسلم على غيره ، ولأن الزواج عقد دينى فيجب أن يكون متواهي على دين القاصر . ولأن الولاية فى الزواج تتبع التوريث بالتعصيب ولاية ميراث بين المسلم وغيره .

١٠٢ - وهل تشترط العدالة فى الولى ؟ قال أحمد والشافعى فى أحد قوليهما : ليس للفاسق ولاية التزويج ، لما روى من أنه لانكاح لإبولى مرشد ، وشاهدى عدل ، وليس الفاسق بمرشد ، فلا يكون ولياً .

وقال أبو حنيفة ومالك ، وأحمد الشافعى فى قول آخر لهما : « إن الفاسق لا تسلب منه ولاية التزويج ، لأن الخطاب عام لكل المكلفين بتزويج من فى ولايتهم مثل قوله عليه السلام : (زوجوا بناتكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعدل ، ولأن الولاية للمصلحة وسببها الشفقة ، وهما أمران متوافران فى الفاسق ، فلم يحرم التقدير ولم تنكر عليه الشفقة ، وقد انعقد إجماع الناس من لدن عهد النبى فى كل العصور على عدم منع الفاسق العاقل من تزويج أولاده وبناته .

ولاية الاختيار

١٠٣ - ولاية الاختيار أو الشركة تكون على البالغة العاقلة ، مهما تكن درجتها من الرشد ، وقد أثبتتها الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، ورواية عن أبى يوسف ، ولم يثبتها أبو حنيفة مع صاحبه أبى يوسف فى الرواية المشهورة عنه ، وأساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها ،

= على الزواج من آثار مالية ، فقد كفل القانون رعاية مصلحة المحجور عليه المالية بما نص عليه من ضرورة الحصول على إذن من المحكمة فيما يصرف فى تزويجه ، وفيما يصرف فى الاتفاق على من يجب عليهم نفقته ، وانتهى من الحشيات إلى أنه لا ولاية لها فى الإذن بتزويج المحجور عليه لعمه أو جنونه ، ولها الولاية المالية فقط ، ولكن فى التفرقة بين الصغير والمجنون نظر .

بل لوليها سلطان معهما ، فهما شريكان في زواجها ، لا ينفرد دوسها بالزواج ، ولا تنفرد به بل يشتركان ، ويتولى هو الصيغة . لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد ، ولا ينعقد بعبارتهن قط ، وإن كان لابد من رضاهن .

وخالف كما ذكرنا أبو حنيفة . وأبو يوسف في رواية عنه سائر الفقهاء وقالوا : للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراف وليها ، ولها أن تنشئ العقد بعبارتها وهو ينشأ بعارة النساء صحيحاً ، ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها وأن يكون عنه راضياً ، وقد استدلل لرأيه (١) بأن النكاح أسند إليها في القرآن الكريم ، فقد قال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد أسند إليها العقد . فصح أن تتولاه بنفسها ، وقال تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأسند النكاح إليهن ، وعد المنع من تولي العقد ظلماً وعضلاً ، فصح أنهن يتولين صيغة العقد .

وهذه نصوص تثبت صحة العقد بصيغة المرأة ، وهو أحد شطري الدعوى التي أنكرها الجمهور ، وادعوا نقيضها ، وأما الشرط الآخر ، وهو أن النساء يجب أن يشركن معهن وليهن في أمر زواجهن ، فحجته ماورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها ، وأن ليس لأحد عليها سلطان مادامت لم تحتر غير كفاء ، فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها ، بكرأ كانت أوثيقاً .

وإن القياس يوجب انفراد المرأة بأمر زواجها من وجوه :

(أحدها) أن تتولى أمر مالها ، وليس لأحد عليها سلطان في شأنها ، ولا فرق بين الأمرين ، لأن العلة هي كمال الولاية بكمال العقل ، وهي سوغت لها التصرف المالى الذى قد يكون موضع الحرج مع العقل فبالأولى يسوغ لها الزواج .

(ثانياً) أن البلوغ مع العقل كاف لإثبات ولاية الزواج كاملة بالنسبة للشاب فتثبت الولاية كاملة بالنسبة للفتاة .

(وثالثاً) أن الولاية إنما تكون حيث الحاجة إليها ، بسبب عجز العقل

عن إدراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ، ولو كانت الاختيارية أو اشتراكا في اختيار الزوج .

واستدل الجمهور لإثبات دعواهم أن المرأة ليس لها أن تتولى الزواج ، بأن القرآن الكريم أضاف إنشاء العقد إلى الأولياء في قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » والإنكاح هو تولى إنشاء العقد ، وإن هذا العقد لكامل خطره لا يتولاه النساء . وعرف الناس جرى على ذلك .

وأما إثبات الشطر الثاني من الدعوى ، وهو أنه لا بد من إذن الولي واشترائه في الاختيار ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل . وإن دخل بها فالمرء لها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » . وفي معنى هذا الحديث آثار كثيرة . وإن المصلحة في ذلك ، لأن عقد الزواج عظيم الخطر ، والرجال صناديق مغلقة لاتعرفهم النساء المعرفة الحق ، لأنهن ملتزمات أخذارهن ، والبرزات منهن يؤثر فيها الحس ، فيسرن في أحكامهن وراءه ، ولا ينظرن إلى ما يختن . ولذلك كان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في اختيار زوجها ، فإنه يختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر ، وإن ذلك العقد الخطير يعود على الولي بالعار ، أو الفخار ، لأن الزواج ربط بين أسرتين ، والولي يؤذيه زواجها من خسيس ، ويشرفه زواجها من شريف ولم يكن لها أن تستبد بالعقد .

وليس عقد الزواج كالعقود المالية . لأن خطرها ليس كخطره ، ولأن التخلص من آثارها سهل ، والغبن فيها لا يؤثر في سير الحياة واتجاهها ، وليس هناك ناحية استهواء يضل فيها الفكر ، كالشأن في علاقة النساء بالرجال (١) .

(١) ذكر القراني في فروقه وجوهاً في الفرق بين الزواج والتصرفات المالية للمرأة منها :

(أ) أن الأبدع أشد خطراً ، والأموال خسيسة بالنسبة لها ، مهما عظمت قيمتها فتناسب في الأبدع بالنسبة للمرأة أن يشترك وليها معها . (ب) وأن الأبدع يعرض لها تحمك الهوى الذى يفتى عقل المرأة ، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى والشهوة القاهرة .

هذا هو الخلاف بين أنى حنيفة وجمهور الفقهاء ، هم يرون أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء . وأن المرأة ليس لها أن تنفرد باختيار زوجها من غير رضا وليها . وأبو حنيفة يرى أن تنفرد من غير أن تشرك وليها في أمر زواجها وأن عبارتها تنشيء العقد ، وقد توسط أبو ثور من أصحاب الشافعي فقال إن المرأة ليس لها أن تنفرد من غير اختيار وليها ، بل لابد من رضا ، وإن رضى فلها أن تعقد العقد .

والحق أنه إن كان راصياً بالزواج ينذر ، بل يبعد أن تتولى هي صيغة العقد ، إنما يتصور إنشاؤها العقد إن كانت مراغمة له ، ولم تلتفت إلى رضا .

١٠٤ - أجاز أبو حنيفة للمرأة أن تزوج نفسها ، ولكنه شدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره . فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها ، فقد احتاط لحق وليها . فاشتراط الكفاءة لصحة العقد للزوم العقد بالنسبة للولي ، كما اشتراط أن يكون المهر مهر المثل ، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولي في أنهم احتاطوا لحق الولي ، فاشتراطوا أخذ رأيه قبل العقد ، ليكون كما يريد ، وأبو حنيفة أعطاها الحرية ، واحتاط لحق الولي ، فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل ، وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزوج كفواً ، أو للولي حق الاعتراض فقط في هذه الحال ، على اختلاف الروايات ، فهو حدد حق الولي ، وهم أطلقوه ، وهو لم يجعل سلطاناً عند الإنشاء ، وهم جعلوا له ذلك السلطان .

وإذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فقد قلنا أن أبا حنيفة يجعل للولي حق الاعتراض حتى يبلغ مهر المثل أو يفسخ العقد ، لأن الأولياء يعبرون

(٢) - وأن المفسدة إذا حصلت في الأضباع بسبب زواج غير الكفء حصل الضرر وتولى إلى الأولياء بالمار والفضيحة الشنماء ، وإذا حصل الفساد في الأموال لا يكاد يمتدى المرأة .. وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوج نفسها ، فقال « المرأة محل الزلل ، والمار إذا وقع لم لم يزل » ملخص عن الفروق .

إذا كان المهر دون مثلها ، وقال أبو يوسف ليس للولي الاعتراض ، لأن ذلك ليس موضع عار ملازم ، ولأن لها الإسقاط مهما تكن التسمية . فلا جدوى في الاعتراض ورفعته إلى مهر المثل ، ثم إسقاطه بعد ذلك .

وإذا زوجت نفسها من كفاء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولي حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زيادة العقد يكون فاسداً . إذا كان ولي عاصب ، وقد رجح ذلك صاحب فتح القدير لأنه ليس كل ولي يرفع الأمر إلى القضاء ، وليس كل قاض يقضى ببسر من غير مشقة ، وقد يدخل بها في أثناء ذلك فيكون منه الولد فلا يرفع ، ولا ترجى مصلحة .

وقال بعض الفقهاء : له الاعتراض . حتى تلد ، وألحق بعضهم الحمل الظاهر بالولادة .

وقال أبو حنيفة أنه يستحب أن يزوج البالغة العاقلة وليها ، وأنه لا بد من رضاها باتفاق الفقهاء ، فإذا استأذنهم فرضيت أنشأ العقد بتوكيلها ، وإن لم ترض لا ينشأ العقد نافذاً بالاتفاق ، والرضا دلالة يكتفى ، ومن الرضا دلالة سكوت البكر إذا علمت الزوج والمهر من الولي : لأنها تستحي أن تعلن القبول ، ولا تستحي أن تعلن الرفض ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في البكر : « إذنها صماتها » ٥

الوكالة في الزواج

١٠٥ - من القواعد المقررة أن من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة ، وعقد الزواج يقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه ، فيملك صاحب الشأن أولوية أن يوكل فيه ، ويصبح من الرجل والمرأة على سواء عند أبي حنيفة ، لأنه يجوز لها أن تلشء العقد بنفسها ، ومن يتولاها يكون وكيلاً عنها إذا كانت بالغة عاقلة ، وعند جمهور الفقهاء وليها (١) يتولى

(١) قال بعض الشافعية أنه لا حاجة إلى توكيل للأب والجد ، وغيرهما لا بد من التوكيل .

عنها من غير توكيل ، إنما هو الذى يملك إنشاء العقد ، وإن كان لابد من رأيها فلا حاجة إلى توكيلها ، إنما الحاجة إلى رضاها .

ولاحاجة فى التوكيل إلى شهادة ، لأن التوكيل ليس جزءاً من عقد الزواج (١) ولكن تستحب الشهادة حتى لا تجرى مشاحنة فى صفة العاقد .

والتوكيل يجوز مطلقاً ومقيداً ، لأنه كسائر العقود غير اللازمة بجوز تقييده بكل شرط ، سواء أكان التقييد فى الطرف الآخر أم كان التقييد فى المهر . فالتقييد فى الشخص الآخر كأن يوكله بالتزويج من امرأة معينة ، أو من أسرة معينة ، أو قبيلة معينة ، أو توكله بالتزويج من شخص معين ، بالقيود السابقة والتقييد فى المهر بذكر مقدار معين :

والمطلق لا يذكّر الموكل فيه قيداً لافى الشخص (٢) ، ولا فى مقدار المهر .

وإذا قيد الوكيل بشخص بعينه ، أو كان المهر مقدراً بمقدار معلوم ، فلا تجوز المخالفة ، فإن وافق العقد إرادة الموكل نفذ العقد . وإن خالف إرادة الموكل من التقييد كان العقد موقوفاً ، فإن أجازته الموكل نفذ العقد وإن لم يجزه بطل ، لأن العاقد كان فضولياً ، إذ خرج عن حدود الوكالة .

وعلى ذلك إذا قيد الزواج من شخص يكون فضولياً إن زوجها من غيره وكذلك إذا كان الموكل هو الزوج . ، وإذا كان الموكل هو الرجل وقيد الوكيل بمهر معين ، فلا ينفذ العقد إذا زوجه بأكثر . لأنه يكون فضولياً ، وإن تعهد الوكيل بالزيادة والتزم أن يؤديها ، إذ ليس كل شخص يقبل منه العطاء ، وخصوصاً فى مهر زوجته ، وإن زوجه بأقل مما قدر لا يكون العقد موقوفاً ، لأنه يوافق إرادته وإن لم يكن بما سمى ، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالقليل ، فالمخالفة صورية ، لم تخالف فيها الإرادة الحقيقية . وإن كان مصراً على الكثير ، فليزده إن أراد .

وكذلك الحكم إن قيدت المرأة الوكيل بمهر معين ، وخالف إلى أقل لا ينفذ العقد . وإن خالف إلى أكثر ينفذ وتلزم الزيادة إذا قبلتها ، ولا يكون

(١) روى عن الحسن بن صالح أنه لابد من شاهدين .

(٢) منع الفقهاء صحة التوكيل المطلق ، لعدم تعيين محل العقد ، والغرر ، والجهالة .

فضولياً لأنها إن رضيت بالقليل ترضى بالكثير ، فلم يخالف إرادتها ، وإن خالف لفظها ، وإن كانت مصرّة على القليل ، فلتسقط عنه الزيادة إن أرادت (١) .

١٠٦ - وإن كان التوكيل مطلقاً بالنسبة للشخص ، أو بالنسبة للمهر أو بالنسبة لهما معاً ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل ؟

إن كان الموكل هو الرجل ، فقد قال أبو حنيفة لا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة ، ولا بمهر المثل ، وقال الصحابان يتقيد بالكفاءة والسلامة عند الإطلاق ، ويتقيد بمهر المثل ، ولا يزيد إلا بما يتغابن فيه الناس عادة ، فعند عدم تعيين الزوجة بأن كان الإطلاق فيها فقط ، فأبو حنيفة يقول : له أن يزوجه بالسليمة والمعيبة بعور ، أو عرج . ولو كانت مقعدة أو شلاء ، كفؤاً كانت أو غير كفء . وعند إطلاق المهر يزوجه بمهر المثل ويزيادة يتغابن في مثلها أو لا يتغابن وذلك لأن التوكيل مطلق ، ومقتضى الإطلاق أن يزوجه بمن ينطبق عليها اسم المرأة ، ولا موجب للتقييد بامرأة دون أخرى ، إذ لا دليل يوجهه ، ومن الناس من يرغب في غير المتكافئات في النسب ، لأنه يرى فيهن تطامناً وطاعة لا يراها في ذات النسب ، فيكون ذلك مرغبا له فيهن .

وقال الصحابان : إن اللفظ ، إن كان مطلقاً فالعرف يقيده . لأن طالب الزواج يطلب أكل امرأة تليق به ، ولا يطلب أبعد النساء عن الملاءمة ، فيجب أن ينصرف اللفظ إلى ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الكفاءة السليمة . ولأن من يوكل غيره في أمر زواجه إنما يستعين برأيه ، فإن فوض إليه فإنما يفوض أمره إلى ثقة وثق بحسن اختياره ، وهذا يقتضي أن يكون التوكيل مقيداً في المعنى بالكفاءة والسلامة ، وكذلك يفسر الإطلاق في المهر ، فإن العرف يقيده بمهر المثل لا يزيد .

(٢) إذا حصلت مخالفة للشروط التي قيد بها الوكالة ولم يعلم الموكل بالمخالفة فإن العقد يستمر موقوفاً ولو حصل دخول ، فإن علم وأجاز اعتبر الدخول في عقد صحيح لأن الإجازة جعلته نافذاً من وقت صدوره ، وإن لم يجز بطل العقد واعتبر الدخول دخولاً في عقد فاسد قويته الشبهة فيه . ويجب مهر المثل لا يتجاوز المسمى ، ولا يثبت نفقة .

وإذا كان التوكيل من جانب المرأة ، فإن كان الموكل وليها ، أو هي إذا كانت بالغة عاقلة ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة ومهر المثل عند الإطلاق فيهما ؟ .

إذا كان الولي هو الموكل ، وهو يملك التزويج بغير كفاءة وبأقل من مهر المثل كالأب والجد ، ففي هذه الحالة يملك الوكيل التزويج من غير قيد الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة ، لأن الوكيل يستمد السلطان من الموكل ، فهو على قدر سلطانه ، وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل ، فبالإتفاق يكون الوكيل مقيداً بهما (١) لأن موكله لا يملك غير ذلك . وإذا كانت البالغة العاقلة هي التي وكلت ولها ولي عاصب ، فإن الوكيل مقيد بالكفاءة لأن تزويجها نفسها من غير كفاءة غير صحيح على القول الراجح ، فيكون الوكيل مقيداً بالكفاءة لأنه يملك ما يملك هي فقط ، وإن لم يكن لها ولي عاصب فقد اختلفت عبارات الكتب ، وظاهر عبارة البدائع أن الخلاف بين الإمام والصاحبين يجري هنا .

فأبو حنيفة يجعل الوكيل غير مقيد ، وأبو يوسف يجعله مقيداً ، ولكن ظاهر عبارة فتح القدير أن أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة ، ويفرق بين الرجل والمرأة ، فالمرأة تغير بغير الكفاءة ، فيتقيد إطلاقها بخلاف الرجل ، فإنه لا يعبر فلا تكون الكفاءة قيداً عند إطلاقه لفظ التوكيل (٢) وعلى ذلك إذا زوجها من غير كفاءة فبالإتفاق يكون الزواج موقوفاً على إجازتها ، على منهاج صاحب فتح القدير ، وهو نظر سليم .

هذا بالنسبة للكفاءة إذا كان الموكل هو البالغة العاقلة ، أما بالنسبة للمهر فالخلاف بين الإمام والصاحبين يجري ، فالإمام سار على أن التوكيل مطلق لا يوجد ما يقيده ، والصاحبان يريان أن هناك ما يقيده ، وهو العرف وأن ، الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة . وهي تكون بالزواج بمهر المثل ،

(١) ومثل ذلك إذا كان الموكل هو ولي الزوج إذا كان لا يملك إلا بالكفاءة ومهر المثل ، فبالإتفاق لا يملك الوكيل إلا ما يملكه الولي الذي وكله .

(٢) وأما سلامة الزوج من العيوب فإن الخلاف فيها يجري بين الإمام وصاحبه في كل الصور التي يكون التوكيل فيها من جانب المرأة ، سواء كان الموكل الولي أم المردة البالغة العاقلة .

ولا ينقص ، وقد قال ابن عابدين في ذلك : « وإن لم يذكره (أى المهر) فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس ، أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده . خلافا لها ، لكن للأولياء حق الاعتراض في جانب المرأة دفعا للعار عنهم » .

وعلى ذلك إذا زوجها الوكيل عند الإطلاق في المهر بأقل من مهر المثل بغين فاحش . فعند الصاحبين يكون موقوفاً على إجازتها ، وعند أبي حنيفة يكون نافذاً . ولكن لا يكون لازماً بالنسبة للولى العاصب إن كان ، فله الاعتراض ، حتى يرفع إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد .

١٠٧ - وفي حالة الإطلاق هل للوكيل أن يزوج من نفسه أو ممن هو في ولايته ، أو من لا تقبل شهادته له ؟ .

لقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن الوكيل في حال الإطلاق ليس له أن يزوجه من نفسه ، ولا ممن هو في ولايته . لأن من يوكل شخصاً في عقد لا يفهم من التوكيل عادة أن العقد يكون معه . بل يكون مع عاقد آخر ، ولأن الإطلاق يقتضى أن يكون الطرف الآخر غير معلوم ، إذ لو كان معلوماً لنص عليه ، فلو كان للموكل إرادة في الزواج من الوكيل أو ممن هو في ولايته . وهم معلومون له لذكر ذلك ، ولم يطلق .

أما تزويج الوكيل ممن لا تقبل شهادتهم له ، وهم أصله وفرعه ، فعند الإطلاق يرى أبو حنيفة أنه ليس له أن يزوج واحداً من هؤلاء ، لأنه متهم في محاباتهم ، ومكان التهمة مستثنى عند التوكيل ، سواء أكان كفواً وبمهر المثل أم لم يكن ، وقال الصاحبان إن الوكيل له أن يزوج من هؤلاء مادام من كفو وبمهر المثل ، لأن التهمة تنفى بتوافر هذين الأمرين .

١٠٨ - والوكيل في عقد الزواج سفير ومعبّر لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، فلا يطالب بالمهر ، إن كان وكيل الزوج ، ولا يتسلم المهر إن كان وكيل الزوجة ، ولا يضمن شيئاً مما يتعلق بذلك ، إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جانبه ، والوكيل على ذلك يقبض المهر ، كما ذكرنا إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، وقبضه في هذه الحالة بتوكيل آخر غير توكيل الزواج ، وهو التوكيل بالقبض ، وقد قالوا إن من الإذن بالقبض

دلالة أن يقبض الأب أو الجد المهر ، وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد . فإنه في هذه الحال يعتبر قبض الأب أو الجد قبضاً منها ، وتبرأ ذمة الزوج ، لبس لها أن تطالب من بعد ، لأن سكوتها ، وهي ترى وكيلها هذا يقبض ، وتركها المطالبة وقت العقد اعتبر رضا منها بقبضه ، ولأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب والجد . لأن كليهما يقبض مهرها . فيضم إليه أمثاله . ويجهرها به . ولأن العرف جرى على أن هذين الوكيلين في حال توليها العقد يقبضان المهر .

وإن كانت الموكلة ثيباً ، أو كان الوكيل في العقد غير الأب والجد ، فلا يعد السكوت رضا ، ولا بد من الإذن الصريح . ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم الوكيل ، لأن السكوت في جانبها لا يعد رضا ، إذ هي لا تستحي من الإذن الصريح .

الكفاءة

١٠٩ - ذكرنا أن الكفاءة في الزواج شرط لصحة الزواج عند أبي حنيفة إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ، ولها ولي عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، وذلك على رواية الحسن بن زيادة ، وعلى ظاهر الرواية هي شرط لزوم بالنسبة للولي ، ولها أحياناً ، ونريد هنا أن نبين معنى الكفاءة وموضعها وما تعتبر فيه .

والكفاءة في أصل معناها في اللغة المساواة ، والمراد بها في النكاح المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية وقد اختلف الفقهاء في هذه الأمور .

وهي عند الحنفية (١) المعمول بمذهبهم في مصر ستة أمور : هي النسب

(١) يلاحظ أن الكرخي من المجتهدين المخرجين في المذهب الحنفى لم يعتبر الكفاءة في حال من الأحوال أو أمر من الأمور ، مستدلاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بني يباضة أن يزوجوا أبا هند ، وهو حجام ، وبأن بلالا رضى الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه فقال صلى الله عليه وسلم : « قل لم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » ، ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وإن الكفاءة لو كان لها في الشرع اعتبار لكان أولى بها باب الدماء ، لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط في سائر الأبواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالشريف يقتل بالوضيع ، فها هنا أولى ، وقد قال مثل هذا القول سفيان الثوري .

والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة ، على اتفاق في بعض هذه الأمور واختلاف في بعضها ، ولندكر ذلك بقليل من التفصيل .

١١٠ - النسب : قد اتفق أئمة المذهب الحنفي على أن الكفاءة في النسب معتبرة عند العرب وعلى أن غير العربي ليس كفؤاً للعربية ، والقرشي كفء لكل عربية ، ولو كانت هاشمية ، ولكن روى عن محمد رضى الله عنه أنه استثنى بيت الخلافة ، وكان هاشمياً عباسياً ، فلم يجعل كفؤاً للنساء إلا الهاشمي وليس كل عربي كفؤاً للقرشية ، وقد أخذ في ذلك مما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن بطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة لقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل (١) »

وهذا الخبر إن صح يدل على ثلاثة أمور .

(أولها) أن الأعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب ، والتفاضل بينهم بالرجولة ، والقبائل العربية متكافئة فيما عدا قريشاً .

(ثالثها) أن قريشاً بعضهم أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب كفؤاً لهم .

والسبب في اعتبار الكفاءة بالنسب عند العرب هو جريان التفاخر بينهم بالأنساب ، واستحفاظهم عليها ، وتعبيرهم ممن يتزوج ممن دونها نسباً ولاتندمج الأسرتان مع ذلك التفاوت .

ويجدر بنا أن ننبه هنا إلى أمرين :

(أحدهما) أنه روى عن أبي يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر بفضل من علم ، أو أحرز من الفضائل ما يرفع مكانته عند الناس يصير كفؤاً للقرشية بل الهاشمية . وقد أخذ بذلك في المذهب الحنفي ، ولذلك تقرر فيه أن العالم الأعجمي كفء للقرشنية العربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق النسب .

(ثانيهما) أنه روى عن الشافعي رضى الله عنه ، وعليه أكثر أصحابه

(١) تكلّموا في سند هذا الحديث . ولقد جاء في نيل الأوطار « لم يثبت في اعتبار الكفاء

من بعده ، أن الكفاءة معتبرة في أنساب العجم فيما بينهم . والأمر فيه إلى عرفهم ، قياساً على اعتبار عرف العرب ، وإن للعجم أو على الأقل لبعضهم عرفاً للنسب فيلاحظ عرفهم ، كما لاحظنا عرف العرب ، وإن ذلك الرأي هو الرأي المعقول مادام الأساس في الكفاءة هو العرف ، وبعض الأعاجم يعنون بأنسابهم كأشراف الإنجليز مثلاً ، فيجب أن تعتبر الكفاءة فيما بينهم إن أسلموا ، كما اعتبرت عند العرب .

١١١ — الإسلام : وهو يعتبر عند الموالى فقط . لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم في الإسلام . وهو شرفهم . ويقوم عندهم مقام النسب ، ويروى أنه قد تفاخر جماعة من الصحابة بأنسابهم ، وسلمان الفارسي معهم . فقالوا لسلمان : ابن من أنت ؟ فقال رضى الله عنه : أنا ابن الإسلام . فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال : « وعمر ابن الإسلام » .

وإذا كان فخرهم بالإسلام ، فمن أسلم أبوه وجده كفء لمن لها آباء في الإسلام ومن له أب واحد كفء لمن لها أب ، وليس كفؤاً لمن لها أبوان . ومن أسلم بنفسه ليس كفؤاً لمن لها أب في الإسلام ، ولقد اكتفى أبو يوسف بإسلام الأب فاعتبر من له أب واحد في الإسلام ، كفؤاً لمن لها آباء ، وذلك لأن التعريف عنده يكون كاملاً بذكر الأب فمن له أب واحد فتعريفه كامل بالإسلام ، فيكون كفؤاً لمن لها آباء . وأما الطرفان فالتعريف عندهما لا يكمل إلا بالأب والجد ، فلا يكون تعريفه بالإسلام كاملاً ، إلا إذا كان أبوه وجده مسلمين .

١١٢ — الحرية : وهي معتبرة كالكفاءة في الإسلام عند المولى فقط . لأنه لم يقبل من العربى إلا الإسلام أو القتل • والأصل في اعتبارها أن الرق يجلب عاراً أكثر مما يجلبه سوء النسب ، ويلاحظ فيها ما يلاحظ في الكفاءة في الإسلام ، فالمعتق ليس كفؤاً لمن لها أب في الحرية ، ومن له أب في الحرية ليس كفؤاً لمن لها أبوان ، ومن له أبوان كفء لمن لها آباء ، ويقول أبو يوسف من له أب واحد في الحرية كفء لمن لها آباء ، لأن كمال التعريف عنده بالأب كما علمت .

١١٣ - المال : والمال بالكفاءة فيه أن يكون قادراً على المهر والنفقة لأنه من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفؤاً لها ، إن المهر حكم من أحكام العقد ، ومن لم يكن قادراً عليه لا يكون قادراً على تكليفه ، والنفقة تندفع بها حاجتها ، وهي إليها أحوج منها إلى نسب الزواج ، وروى عن أبي يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاءة في المال ، إنما الشرط القدرة على النفقة ، لأنها هي التي بها دوام العقد واستمراره غالباً ، أما المهر فقد يكون قادراً عليه بقدرة أبيه أو أمه أو جده أو جدته ، أو غيرهم ممن جرت عادتهم بإهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ، وروى عن أبي يوسف أيضاً أنه اكتفى بأن يكون قادراً على ما جرى العرف بتعجيله ، وقدرته في النفقة تكون إذا كان كسوباً ، ولو كان لا يكتسب إلا ما ينفق منه يوماً بيوم (١) :

هذه هي الكفاءة في المال ، وهناك كفاءة تسمى الكفاءة في الغنى أو اليسار ، وهي أن يكون قريباً منها في ثروتها إذا كانت ذات ثروة وغنى بين ، وقد اختلف فقهاء الحنفية فيها . فبعضهم يعتبرها (٢) ، وبعضهم لا يعتبرها ، ووجهة من اعتبرها ماتعارفه الناس من المفاخرة بكثرة المال ، وأن الغنية العظيمة تنضرر من عشرة من لا يقاربها ثروة ، ومادامت الكفاءة تقوم على العرف يجب اعتبارها . وروى أن عائشة رضي الله عنها قالت : « رأيت ذا المال عند الناس مهيباً ، ورأيت ذا الفقر مهيناً » . وقالت : « إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال » .

(١) اختلفت عبارات الكتب بالنسبة للقدرة على المهر والنفقة ، أما المهر ففي الهداية والفتح ، أن القدرة على المهر تكون بالقدرة على المعجل ، وعبارتهما تفيد أن ذلك رأى أئمة المذهب ، لا رأى أبي يوسف وحده ، وفي البدائع أن القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ، ولكن يستظهر أنه يكفي بالقدرة على المسمى إذا كان أقل من مهر مثلها ، وجازت التسمية ، أما في النفقة فقليل ما قاله أبو يوسف ، وهو المعقول ، وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة أشهر وقيل سنة ، وفي البحر إن كان من ذوي الحرف تكون القدرة بكونه كسوباً ، وإن لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة على نفقة شهر .

(٢) ذكرت الهداية أن الكفاءة في الغنى رأى أبي حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الأصول ، لأن ما في المبسوط والمتون يخالفها .

والأصح في المذهب أن الكفاءة في الغنى غير معتبرة ، لأن الكفاءة تكون في الأمور التي لا تقبل الزوال ، أو لا يمكن تنفيذ أحكام عقد الزواج بدونها ، والغنى ليس من الأمور ، لأن الغنى قابل للزوال ، إذ المال غدا ورائع ، فغنى اليوم قد يكون فقيراً غداً ، وليس في عدم الغنى ما يمنع تنفيذ أحكام النكاح ، إذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام النكاح كان في الكفاءة في المال فيكتفى بها .

١١٤ - الديانة : والمراد بالديانة تدين المرأة وصلاحتها ، فالفاسق ليس كفواً للصالحة بنت الصالح ، فإن كان أبوها فاسقاً ، أو كان الأب صالحاً وهي ليست كذلك ، فالفاسق كفء باتفاق .

واختلف النقل عن أئمة المذهب الحنفى في اعتبار هذا النوع من الكفاءة (١) وأصح الروايات أن محمداً يرى اعتبارها ، إلا أن يكون الفاسق مهيناً ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ، ولم يعتبرها أبو حنيفة مطلقاً ، لأن الفسق قابل للزوال ، وقال ذلك القول أبو يوسف ، إلا إذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس ، ولا يخفيه ، ففي هذه الحال لا يكون كفواً للصالحة بنت الصالح ، وهذا ما ذكره السرخسى في المبسوط ، والهداية تسند القول باعتبارها إلى الشيخين .

وحجة محمد في اعتبارها بإطلاق ، أن الصلاح من أعلى المفاخر ، والمرأة تعير بفسق زوجها ، والفسق يخل بأحكام الزواج .

١١٥ - الحرفة : ومعنى الكفاءة في الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقارنة لحرفة أبي الزوجة ، وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة أبو يوسف ومحمد ولم يعتبره أبو حنيفة . وروى عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة إلا أن تفحش كالحجاء والدباج والسائس وغيرهم من ذوى الحرف التي تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات في عرف الناس .

وإن من اعتبر هذا النوع من الكفاءة نظر إلى عرف الناس ، إذ أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة ، وخصوصاً إذا فحش الفارق

(١) روى أن الأخذ بها مذهب الشيخين ، وروى أنها مذهب محمد وهو الأصح .

بينهما ، كالأمثلة السابقة ، وإذا كان العرف هو المعتبر في الكفاءة فيجب أن
تعتبر ، ونحن نميل إلى ذلك الرأي .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ أن الحرف أوصاف غير ملازمة ولادائمة ،
فقد يرفع الله ذا الحرفة الحسيسة إلى أعلى منها ، والزمان قلب والله يعطي
ويمنع ، وهو على كل شيء قدير .

وهذا هو المعمول به ، وفي المشروع الذي أعد سنة ١٩٥٦ اعتبار
الكفاءة كهذا المذهب ، بيد أنه أسقط الحرية والإسلام ، وإليك نص المادة
٤٥ منه .

« يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل وقت انعقاد العقد كفؤا
للرأة من حيث النسب والديانة والمال والمهنة ، وذلك حسب العرف وتقدير
القاضي » .

١١٦ - هذه هي الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي ،
وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها ، لأن إمامه الأول أبا حنيفة إذ أطلق
حرية المرأة في الزواج قد احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة ، والتشدد
في اشتراطها ، لكيلا تسيء المرأة في الزواج لآله .

ولنذكر كلمات موجزة تشير إلى المذاهب الثلاثة ، بالنسبة لهذا
الموضوع . فذهب مالك الذي اعتبره ابن القيم روح الإسلام في هذا المقام
لم يعتبر الكفاءة في النسب ، ولا في الصناعة ولا في المال أو الغنى ، إنما الكفاءة
في التدين والتقوى والسلامة من العيوب ، بأن يكون الرجل سليما من العيوب
الحسمية المستحكمة التي لا يمكن العشرة معها إلا بضرر ، وبالنسبة للحرية
عن مالك روايتان : رواية تجعلها من الكفاءة ، فالعبد ليس كفؤا للحر ،
ورواية لا تجعلها جزءا من الكفاءة ، فالعبد ليس كفؤا للحر مادام من التدين
والتقوى ما يدفعه إليها ، فلا عزة إلا بالتقوى قال تعالى « إن أكرمكم عند
الله أتقاكم » .

ولقد قارب المذهب الشافعي المذهب الحنفي ولكنه زاد عليه بعض
الأمور ونقص بعضها ، وشدد في بعضها بما لم يشدد الحنفي ، فزاد على الحنفي

السلامة من العيوب ، ولم يذكر الكفاءة في المال ، وذكر الكفاءة في النسب وكان فيها كالمذهب الحنفى تقريباً ، كما اعتبر كفاءة الإسلام قريباً مما اعتبر ، واعتبر الكفاءة في الدين إلى حد ، وسماها الكفاءة في الفقه ، واعتبر الكفاءة في الحرفة ، وفي الحزية ، وشدد فيها بما لم يشدد الحنفى ، فمن دخل الرق في أجداده ولو كانوا بعداء ليس كفؤاً لمن لا يعرف لها رق في جد أقرب من جدها الرقيق . فمن كان جده الثالث رقيقاً ، ليس كفؤاً لمن كان جدها الرابع رقيقاً ، والباقون أحرار .

والراجح عند الشافعى أنه لا كفاءة في اليسار أو الغنى ، وهو موضع خلاف ، والصحيح أنها ليست بلازمة .

والمذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد : إحداهما أنه كالمذهب الشافعى ماعدا السلامة من العيوب في الجملة ، والثانية أنه لا كفاءة فيه إلا في التقوى والنسب ، فالروايات في ذلك المذهب قد اتفقت على اعتبار النسب والدين . واختلفت فيما عداهما ، ولم يشدد الأئمة الثلاثة في اشتراط الكفاءة في المال ، كما اشترط أبو حنيفة وأصحابه لأن المذهب الحنفى لا يميز طلب المرأة التفريق للإعسار ، أو عدم الإنفاق ، والأئمة الثلاثة يميزون لها ذلك ، فلم يكن ثمة تشدد في اشتراطها ، وشدد أبو حنيفة حتى تدخل المرأة الزواج في بيئة ، عالمة بأنه غنى أو فقير .

١١٧ - الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة : الأصل في الكفاءة أنها

تشترط في جانب الرجل ، أى يشترط أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة ، ولا يشترط أن تكون المرأة كفؤاً للرجل . وذلك لأن النصوص الواردة في الكفاءة تتجه كلها إلى اشتراطها من جانب الرجل ، ولأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيصة ، وهو يلحق أسرة المرأة إذا تزوجت من خسيس ، ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع امرأته ، والمرأة لاترفع خسيصة زوجها إن كانت رفيعة ، ولأن الرجل يملك الطلاق في كل وقت ، فيستطيع دفع المغبة عن نفسه بخلاف المرأة ، فلها لاتملك إيقاع الطلاق ، بل أقصى ماتملك أن تطلب من القاضى التفريق في أحوال استثنائية خاصة .

لهذا كانت الكفاءة معتبرة من جانب الرجل إلا إذا كان مايسقطها ، ولايعتبر في جانب المرأة في المذهب الحنفى إلا في صورتين :

(إحداهما) تزويج الصغير والمجنون إذا كان المزوج غير الأب والجد والابن ، أو كان واحداً من هؤلاء ، وعرف بسوء الاختيار ، فإنه يشترط لصحة الزواج الكفاءة ، ولايصح العقد إذا كانت الزوجة غير كفء .

(ثانيهما) إذا وكل رجل وكيلا وأطلق ، فقال الصاحبان لايزوجه الا من امرأة كفء .

وانما اشترطت الكفاءة في جانب الزوجة في هذين الموضعين ، لأن الولاية في الأولى محدودة مقيدة بالكفاءة ، إذ الولي في هذه الحال مقيد بالمصلحة الظاهرة لعدم توافر الشفقة ، أو عدم توافر الرأى الكامل ، والمصلحة الظاهرة في التقييد بالكفاءة ومهر المثل حيث لاضمان مراعاة مصالح خفية وراءها ، أما في الصورة الثانية فلأن العرف قيد الإطلاق بالمرأة الكفاء ، فهو كالولي في الصورة السابقة معزول عن التزويج بغير كفء .

وترى من هذا أن الكفاءة معتبرة في جانب المرأة في هاتين الصورتين ، لأن المتولى ليس له سلطان في التزويج بغير الكفاء ، لا لأن مساواة المرأة بالرجل شرط في ذاتها .

وذلك مع ملاحظة أن عدم الكفاءة في الصورة الثانية يجعل العقل موقوفاً على إجازة الموكل . ولايكون باطلا بطلانا مطلقاً .

١١٨٠ - وقت اعتبار الكفاءة : وقت اعتبار الكفاءة هو وقت إنشاء

عقد الزواج ، لأنها شرط إنشاء لاشرط بقاء ، وعلى ذلك إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال ، بأن كان قادراً على الإنفاق ، ثم صار غير قادر بعد الزواج أو كان متديناً ، فشذ ففسق ، أو كان محترف مهنة شريفة كالتجارة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة ، ففي هذه الأحوال لايفسخ النكاح لتخلف الكفاءة بل يبق ، لأن النكاح قد تقرر ، فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ولاعار في بقاء المرأة مع زوجها إن تغيرت حاله ، بل هو الصبر والرضى بحكم القدر ، وهما أمران محمودان .

١١٩ - من له حق الكفاءة : جمهور الفقهاء (١) على أن الكفاءة حق للزوجة ، وحق للأولياء ، فإن زوجت بغير كفء عالمة بذلك ولم يرض الأولياء فالعقد فاسد ، وقيل موقوف وهو رأى محمد ، وقيل للولى حق الاعتراض على الخلاف في ذلك في المذهب الحنفى ، وإن زوجت بغير كفء ، وهى غير عالمة بحاله وخذعت فيه تكون مخيرة بين الفسخ والإبقاء ، وإن رضيت وهى عالمة بنقص كفاءته ، ورضوا به عالمن ، فإنه ليس لأحد سبيل عليه ، بل يعضى العقد .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد إن نقصت الكفاءة ، أو يكون العقد فاسداً إن لم يسبق رضاه عند عدم الكفاءة هو الولى العاصب القريب ، فإن رضى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، وإن لم يرض ذلك الولى القريب لم يؤثر رضا من دونه لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، وهذا إذا كان الولى القريب واحداً ، فإن تعدد الأقربون فإخوة أشقاء ورضى بعضهم قبل العقد أو وقت إنشائه ، ولم يرض الآخرون ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد : رضا البعض يزيل حق سائرهم في الاعتراض ، ويلزمهم لأن الولاية حق لا يقبل التجزئة وسببه وهو القرابة لا يقبل التجزئة أيضاً ، فيثبت لكل واحد من الأولياء كاملاً كحق الأمان ، وحق العفو في القصاص ، فإذا قام به واحد ، فإن الجميع قام به ، فإذا رضى أحدهم بالعقد اعتبر ذلك رضا للجميع ، كما أن أحدهم إذا زوج كفواً فليس للباقي أن يزوجوا ، هذا وإن رضا أحدهم بذلك الزواج دليل على أن ما ينالها من مصلحة في الزواج يعلو ما ينالهم من عار عدم الكفاءة ، أو لا عار إذ ثبتت العار في كل مسألة تتخلف فيها الكفاءة .

وقال أبو يوسف وزفر لا يسقط حق الأولياء المتساوين في الدرجة والقوة إذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة يثبت مشتركاً بين الكل ، فإذا رضى أحدهم فقط أسقط حقه ، فلا يسقط حق الباقيين كالدين المشترك بين

(١) يخالف الجمهور أحد في إحدى الروايات عنه فاعتبر الكفاءة حق الله ، وهى لا تسقط ولو أسقطها الولى والمرأة ، وهذه الرواية هى التى تقصر الكفاءة على الدين والتقوى . وفى رواية أخرى عن أحد أن الكفاءة حق الأولياء المصبات جميعاً قريهم وبعيدهم ، لأنهم جميعاً يغيرون .

بجماعة ، فإذا أبرأ أحدهم لا يسقط حق الباقيين ، ولأن رضا أحدهم ليس أقوى من رضاها . إذ هي صاحبة الشأن الأول في الزواج ، وهي إذا أسقطت حقها في الكفاءة ورضيت لا يسقط حق الأولياء ، فأولى ألا يسقط حق باقيهم إذا رضى بعضهم .

والراجع أن رضا بعضهم إن تعدد الأقربون يسقط حق باقيهم ، وعليه العمل وأقره مشروع الأحوال الشخصية في المادة ٤٩ .

١٢ - ومن هذا يتبين أن الكفاءة حق الزوجة ، وحق وليها القريب ، وقد فرع الفقهاء على ذلك عدة فروع منها :

(١) أن المرأة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفاء فإن العقد يكون غير صحيح على الرأي الراجح كما بينا ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وذلك إذا كان لها ولي عاصب ، وذلك للاحتياط للعشرة الزوجية ، ولأنه إن صح الزواج فدخل بها ثم اعترض الولي ففسخ . فقد يكون لها منه أولاد ، أو يكون دخل بها . وبذلك يتقرر العار ، ولا يحويه فسخ من بعد (١) .

وهناك رواية تقابل هذه الرواية ، وهي اشهر ، وإن لم تكن الأصح ، وهي أن العقد يكون صحيحاً ، ولكن يكون للولي الاعتراض عليه ، وطلب نقضه ولا ينقض إلا بحكم القاضي ، ولا يسقط ذلك الحق إلا بالرضا صراحة أو دلالة لأن العقد نشأ مستوفياً كل شروطه ، ولكن فيه ما يمس غير العاقلين بالضرر وهم الأولياء ، فيكون طلب النقض دفعاً للضرر عنهم ،

وهناك رأى ثالث في المذهب الحنفي ، وهو أن حق الاعتراض وطلب

(١) قال كمال الدين بن المهام في ترجيح هذه الرواية ، كم واقع لا يوقع ، وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل . ولو أحسن الولي وعدل القاضي ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام ، واستثقلاً لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ، فكان منته دفعاً له ، وينبغي أن يقيد عدم الصحة إنما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعاً للضرر يتألم ، فإنه قد يتقرر كما ذكرنا .

الفسخ ليس مطلقاً عن الزمان ، بل إن حق الفسخ يسقط إذا ولدت ، حفظاً للولد ، لكي يتربى بين أبويه (١) ..

والمرؤى عن محمد أن العقد يكون موقوفاً ، وإن هذا فى الواقع سبر على مذهبه ، وهو أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بغير رضا ولها ، سواء أكان الزوج كفواً أم كان غير كفء .

(ب) إذا زوجت نفسها من شخص غير معلوم الحال ، ولم يذكر نسباً غير نسبه ، ثم تبين أنه غير كفء ، فليس لها حق الفسخ ، وللأولياء حق الفسخ دونها ، وذلك على الرواية التى تقول إن العقد صحيح ، ولم حق الفسخ ولو أخبرها بكفائه أو شرط الكفاءة ، فلها ولم حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب لغير قبيلته ورضيت على ذلك الأساس ، ثم تبين أنه غير كفء بعد ظهور نسبه ، فلهم ولها حق الفسخ (٢) وإن ظهر كفواً بعد أن علمت حقيقة نسبه ، فلها وحدها حق الفسخ لأن رضاها كان على أساس نسب معين وقد غرها به ثم تبين خلافه ، فيكون لها الحق فى الفسخ لخلل فى الرضا ، ولو كانت هى التى غرت ، فانتسبت لغير نسبها لم يكن له الخيار ، لأنه لا يفوت عليه شئ من مقاصد النكاح بما ظهر من تغيرها ، وإمكان تخلصه منها بالطلاق .

(ج) إذا وكلت المرأة ولها العاصب ، فزوجها ، ولم يشترط الكفاءة عند العقد ، ثم تبين أنه غير كفء يكون لها الاعتراض عليه ، لعدم إسقاطها حقها فى الكفاءة ، وليس للولى طلب الفسخ ، لأنه أسقط حقه .

(د) إذا زوج الولى المرأة شخصاً معيناً برضاها ، واشترطت هى الكفاءة ولم يشترطها هو يكون موقوفاً أو لها حق الاعتراض ، وليس له أن يعترض .

(١) ألحق بعض الفقهاء الحمل الظاهر بالولادة ، وبهذا أخذ المشروع الذى وضع سنة ١٩٥٦ فى المادة ٥١ منه ، وهذا نصها : « يسقط حق الول فى الفسخ لعدم الكفاءة إذا ظهر حمل الزوجة » .

(٢) قلنا أن كون الأولياء لم حق الفسخ مبنى على الرواية التى تقول إن العقد صحيح ، وحقهم فى الاعتراض ، أما الرواية الأخرى فالعقد فيها غير صحيح .

القسم الثاني

حكم العقد

١٢١ - نقصد بحكم العقد الآثار الشرعية التي رتبها الشارع الإسلامي على العقد ، وهو ما يسمى مقتضى العقد ، ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن للشارع لا يرتب حقوقاً شرعية على عقد من العقود ، إلا إذا كان العقد قد استوفى عند إنشائه شروط انعقاده ، وشروط صحته ، ولكن قد يحدث بسبب العقد غير المستوفى الشروط علاقة بين العاقلين ، فإنه يعمل الشارع على تنظيمها ، فيضع أحكاماً لها من حيث إنها أمر واقع ، فيعطيها حكماً لحسم الخلاف . ومنع النزاع ، كإثبات الملكية بالقيمة وعدم الفسخ إذا تسلم المشتري المبيع في البيع الفاسد ، وتصرف فيه أو استهلكه ، فإن الشارع ثبت الملكية تنظيمياً للأمر الواقع ، وحكم بعدم الفسخ حفظاً لحق الغير .

ولهذا كان العقد غير الصحيح في الأنكحة أحياناً له بعض الآثار المترتبة على أمور نشأت مع هذه العقدة التي لا يعترف الشارع بوجودها ، ونتكلم عن ذلك .



أحكام العقد

غير الصحيح - والموقوف - وغير اللازم

١٢٢ - النكاح غير الصحيح : يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والفساد ، وإن كان كلاهما غير صحيح ، وذلك في المعاملات المالية ، أما في الزواج فتجده المحققين (١) منهم لا يفرقون بين النكاح الباطل والفساد ، ويقول في ذلك كمال الدين بن الهمام في فتح القدير « إن العقد الباطل والفساد في النكاح سواء » .

فالحكم واحد سواء أكان الخلل في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل في وصفه ، وهو ما يعبر عنه بالفساد ، وعلى ذلك يكون باطل النكاح هو فاسده ، وفاسده هو باطله ، فليس النكاح إذن إلا قسمين : أحدهما صحيح والآخر غير صحيح .

والعقد غير الصحيح لا يترتب عليه شيء مطلقاً ، لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم ، حتى يقوم سبب شرعى يثبت الحل ، وهو العقد الصحيح ، فإذا وجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل ، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة ، فهو غير معترف به من الشارع ، فلا يترتب عليه حكماً شرعياً بمقتضى الوجود المجرد ، ولذلك لا تثبت نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث بأى حال ، ولا حق لأحدهما قبل صاحبه .

ولكن إذا حصل دخل في هذا العقد غير الصحيح ، فهناك نكاح واقع لها تنظيم في أحكام الشارع الإسلامى ، ذلك أنه من المقرر أن الزنى فيه حد ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وأنه إذا سقط الحد في الدخول بالمرأة وجب المهر ، وأن الشبهة أحياناً تسقط الحد ، وتمحو وصف الزنى عند الدخول ، وحينئذ يثبت النسب ، وتثبت العدة ، وأحياناً تكون الشبهة مسقطاً للحد ولا تمحو وصف الزنى ، وفي هذه الحال يثبت المهر ، ولا تثبت العدة ، وكان مقتضى

(١) قد جاء هذا في الهداية ، وفتح القدير ، والعناية ، وأصول فخر الإسلام الزدوى .

القواعد العامة في هذه الحال الأخيرة ألا يثبت النسب ، ولكن أثبتت بعضهم احتياطاً لحق الولد .

وبالبناء على هذه القواعد المقررة الثابتة في الفقه الحنفي — ننظر أكان الدخول في العقد غير الصحيح مع شبهة أسقطت الحد ، ومعت وصف الزنى ، أم كانت مع شبهة أسقطت الحد ، ولم تمنح وصف الزنى ، أم لم تكن شبهة ، أو كانت ضعيفة لاتسقط الحد ، وبالتالي لاتمحو وصف الزنى .

ولنا في الإجابة عن هذا السؤال نحاول ضبط موضوع اضطربت فيه أقلام الفقهاء ، ولاندعى أننا ضبطناه محكما ، وجمعنا أشناته ، ونقول في ذلك :

إن الدخول في النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية تمحو الحرمة ، أى لا يوصف الفعل بأنه زنى ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية ، لكنها تسقط الحد فقط من غير أن يمحى وصف الفعل ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست لها قوة تسقط حداً ، أو شبهة قط ، ولندكر كل قسم من هذه الأقسام .

ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة في ترتيب الآثار ، إنما هي بالدخول مع وجود الشبهة .

٩٢٣ — الشبهة يقسمها فقهاء الحنفية إلى ثلاثة أقسام ، شبهة الملك ، أو شبهة الحل ، وشبهة اشتباه ، أو شبهة فعل ، وشبهة عقد عند أبى حنيفة وحده :

(١) فشبهة الملك ، أو شبهة الحل ، أو شبهة المهل على اختلاف التسمية ، تكون إذا كان في المهل دليلان أحدهما قوى يفيد التحريم ، والآخر ضعيف قد يؤدى إلى الحل ، وأن الحكم يسير على مقتضى القوى ، فإذا حصل دخول في هذه الحال يكون سيراً على مقتضى الدليل الضعيف ، فيكون هذا شبهة قوية ، ومثال ذلك الدخول بجارية ابنه ، فإنه في هذه الحال دليل التحريم قائم قوى ، وهو أنها ليست ملكاً له ، بل ملك لغيره ، وهو ابنه ، لكن في المهل دليل آخر ، وإن لم يكن له من القوة ما يعارض الأول فهو يوجد شبهة في المهل ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » فإنه يفيد نوع ملكية للأب في مال الابن ، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما

ومثل ذلك أيضاً النكاح بلا شهود ، فإن دليل التحريم قائم وهو قوله عليه السلام « لانكاح بغير شهود » ، ويعارضه ما استدل به مالك رضى الله عنه ، فكان ذلك موجداً شبهة في المحل ، وكذلك كل نكاح اختلف في صحته ، وكان رأى الحنفية أو جمهورهم فساداً ، فإن الدخول فيه دخول بشبهة قوية لمكان الدليل المعارض للتحريم ، وإن كان ضعيفاً لأنه وإن لم يوجد حلاً أو شبهة حل في المحل .

وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد ، ويمحو وضمف الزنى فيثبت المهر ، والعقدة ، والنسب .

(ب) وشبهة الاشتباه أو شبهة الفعل ، هى الشبهة التى تحدث فى نفس الشخص فيظن الحرام حلالاً من غير دليل من الشارع قوى أو ضعيف ، أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزاً ، ومثل ذلك من ظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعاً - حلالاً له وهو يعلم العلاقة التى تربطه بها ، ولكنه يجهل التحريم ، فإن هذه الشبهة تسمى شبهة اشتباه ، لأن ذلك جهل بالشرع ، أو شبهة فعل ، لأن الشبهة صاحبت الفعل ، ولم تقم بالمحل ، وليس من ذلك من تزوج امرأة ، لا يعلم أنها أخته من الرضاع ، وقد أخبره المتصلون به أنه لاعلاقة محرمة بينهما ، ثم تبين أن بينهما علاقة الرضاع المحرم ، فإن هذه تعد من الأول ، لأن الدليل وجد من إخبار من حوله بأن لاعلاقة بينهما ، فكانت الشبهة فى المحل لأنها ناشئة عن دليل مبيح ، وإن ثبت بطلانه .

وشبهة الاشتباه ، إذا وجدت أسقطت الحد ولم تمنح وصف الزنى ولذلك لا تثبت العدة ، لأنه لاعدة من زنى ، ولا يثبت معها النسب إلا فى بعض الأقوال وكان ثبوته فى هذه الأقوال لمصلحة الولد .

(ج) وشبهة العقد ، وقد ذكرها صاحب البحر فى ضمن أقسام الشبهة أى أن صورة العقد ، وهى الإيجاب والقبول الصادران عن عاقلين لعبارتها اعتبار شبهة فى ذاتها ، بحيث لو حصل دخول مع هذه الصورة كان دخولا بشبهة ، ولو كان يعلم فساد العقد وعدم صحته ، وهذه شبهة عند أبى حنيفة وحده وخالفه صاحبان فى ذلك .

ولأنما تكون صورة العقد شبهة إذا وجدت هذه الصورة ولا تعتبر موجودة إذا كان أحد العاقدين فاقدا الأهلية (١) وشبهة العقد عند من أثبتها تكون في قوة شبهة الاشتباه فهي لا تمحو الوصف ، ولكن تسقط الحد ، وإذا سقط الحد فإن المهر لا محالة يثبت ، لأن الدخول في دار الإسلام لا يخلو عن عقر أى عن حد أو مهر .

١٢٤ - وعلى ذلك تقسم الدخول في العقد غير الصحيح إلى ثلاث

مراتب :

أولها : دخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر في الوصف ، أو في الحد لأنه لا توجد شبهة في التحريم قط ، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقدا الأهلية ، أو لا يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لاحقية ولا حكما . فإن هذا العقد لا وجود له ، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبي حنيفة الذي يعتبر صورة العقد شبهة ، إذ العبارات ملغاة لاعتبارها ، فلا وجود للعقد لاصوره ، ولا حكما ، فاللدخول في هذه الحال يوجب عقوبة الزنى المقررة في الشريعة الإسلامية ، إذ لا شبهة قط .

الثانية : دخول في العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه . وذلك في المحرمات على التأييد ، إذا عقد عليهن ، وحصل دخول بهذا العقد الصوري ، وكان يعلم بالعلاقة الرابطة ، ومثل المحرمات على التأييد في ذلك عقد غير المسلم على المسلمة ، والعقد على من هي في عصمة الغير إذا كان يعلم ذلك ، ففي هذه الصور إذا حصل العقد مستوفياً الشروط ماعدا شرط الحل ، فإن الدخول يكون شبهة مسقطه للحد غير ماحية لوصف الجريمة ، لأن تحريم هؤلاء ثابت بدليل قطعي لأشبهة فيه قط وليس في حاله ما يسمح بوجود شبهة في المحل قط فإذا كانت ثمة شبهة فهي شبهة اشتباه ، أو شبهة فعل ، وقد اشترط الصاحبان لوجود هذه الشبهة أن يكون جاهلا بالتحريم كمجوسى أسلم حديثاً ، وهو لا يعلم بالمحرمات في الإسلام ، وظن الحل ، أو فوضوى ممن يعتقدون

(١) أقسام الشبه هذه مأخوذة بتلخيص وتوضيح وترتيب من البدائع في باب البتدود عند الكلام في حد الزنى والشبهات الدارئة له .

الشركة في النساء جاهلا بالتحريم في الإسلام ، ففي هذه الأحوال توجد شبهة الاشتباه فإذا لم يكن جاهلا بالتحريم فإنه في هذه الحال لا يكون ثمة شبهة عند الصاحبين ، أما أبو حنيفة فإنه لا يشترط الجهل بالتحريم ، بل تثبت الشبهة ولو كان عالما بالتحريم لأن صورة العقد شبهة ضعيفة عنده وهي كشبهة الاشتباه في حكمها .

ولقد قال صاحب البدائع في تقرير رأى أبي حنيفة في هذا المقام ، « الأصل عند أبي حنيفة - عليه الرحمة - أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح (١) يمنع وجوب الحد سواء أكان حلالاً أم كان حراماً ، وسواء أكان التحريم مختلفاً فيه أم كان مجمعاً عليه ، وسواء أظن الحل ، فادعى الاشتباه أم علم الحرمة » .

وبهذه الشبهة على الاختلاف في بعض صورها ما يسقط الحد ، ولا يحى وصف الزنى ، كما نوهنا ، وإذا كانت كذلك فإنه يثبت المهر ، لأنه إذا سقط الحد وجب المهر لا محالة ، ولكن لا تثبت العدة ، لأنه لا عدة عن الزنى ، أما ثبوت النسب فوضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى . فبعضهم أثبت النسب احتياطاً لمصلحة الولى ، ولأن الشبهة إذا أسقطت الحد كان ذلك دليلاً على اعتبارها في الحمل ، وبعضهم قال لا يثبت .

وقد استظهر كمال الدين ابن الهمام عدم ثبوت النسب ، ورجح ذلك ، لأن الزنى لا يثبت النسب ، ووصف الزنى لم يزل بهذه الشبهة ، فالنسب كالعدة على سواء عنده .

ويلاحظ أن أبا حنيفة وإن أسقط الحد عند وجود هذه الشبهة التي اعتبرها لو كان يعلم بالتحريم - فهو قد قرر أن على القاضى أن ينزل تعزيراً وهو أقوى أنواع التعزير .

ثالثها : دخول في العقد غير الصحيح يسقط فيه الحد ، ويحى وصف الحرمة وذلك إذا كان ثمة شبهة قوية ، وذلك يثبت في كل الأنكحة المختلف

(١) أبو حنيفة يعتبر الأثنى بوصف كونها محلاً للعقد . ولو كانت محرمة . لأن التحريم ما جاء لعدم صلاحية الحل ، بل جاء لاعتبارات أخرى .

فيها ، وفي نكاح المحارم على التأقيت ماعدا من ذكروا في النوع السابق ، وذلك لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل ، وهو دليل المخالف وإن كان ضعيفاً ، وهو يقتضي الحل ، وعلى ذلك تكون شبهة الحل ثابتة في الحل ، والمحرمات على التأقيت غير من ذكرنا شبهة الحل ثابتة فيهن ، لأن الأصل فيهن الحل والتحريم لأمر عارض ، وحق الغير ليس متعلقاً بهن تعلقاً قوياً قطعياً يزيل كل احتمال للحل : بل ثمة شبهة بأصل الحل من غير مانع يزيل كل آثاره .

ومن هذه المرتبة كل شبهة أساسها اختلاف فقهي لوجود دليل للحل ، وإن لم يكن له من القوة ما يثبت ، ويعارض به دليل التحريم ، ومنها حال من يقدم على الزواج ، وهو لا يعلم سبباً محرماً ، ويجبره الناس بعدم قيام هذا السبب ، كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ، ثم يتبين أنه حي ، وكمن يتزوج امرأة يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لاعلاقة تربطه بها ، ثم يتبين أن هناك علاقة محرمة ، ففي كل هذه الأحوال وأشباهها ، وجد دليل الحل ، وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لاصلة محرمة ، فإن هذا دليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم .

والدخول في هذه الحال يسقط معه الحد ، ويمحى وصف الزنى كما بينا ، ولذلك يثبت المهر وتثبت العدة ويثبت النسب ، لأن الفعل ليس زنى ، إذ العذر قائم ، ودليل التحريم له معارض قد أوجد شبهة ، وإن لم يوجد حلاً . ويجب التنبيه إلى أن العقد الفاسد في كل أحواله وصوره لا يثبت توارثاً ولا نفقة ، وإن ثبتت حرمة المصاهرة أحياناً فليست بسبب العقد ، ولكن هي ثابتة بالدخول ، فإن الدخول ، ولو زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية .

حكم العقد الموقوف

١٢٥ - تبين أن العقد الموقوف هو الذي يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية إنشاء العقد ، بأن يعقد لغيره ، وليس له عليه ولاية شرعية ، ولم يستمد الولاية منه بوكالة ، ومن ذلك تزويج الفضولى ، وتزويج الولي البعيد

مع وجود القريب . وإمكان القريب أن يتولى هو العقد ، ومنه تزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء .

والعقد الموقوف صحيح ، ولكنه غير نافذ ، فإن أجازته من له الشأن التحقت الإجازة بالإذن السابق على العقد ، وإذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح ، كأن يعقد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر المثل ، أو بغير كفء ووليهِ العاصب أخوه . فإن العقد يقع غير صحيح لعدم المجيز ، وإن كان له مجيز ولم يجز العقد بطل واعتبر ملغى .

وإذا حصل دخول قبل الإجازة ثم كانت الإجازة ، فإنه يكون دخولا في عقد صحيح ، لما قررنا من أن الإجازة تلتحق بالإذن السابق ، إذ الإجازة تجعل العقد نافذاً من وقت إنشائه .

أما إذا كان الدخول قبل الإجازة ، ثم أعقبه الرفض والإبطال ، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد ، وتمحو وصف الحرمة ، فيثبت المهر ، وتثبت العدة . ويثبت النسب ، وإنما كانت الشبهة قوية ، لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان مثبتاً للحل من وجه ، وإن كان غير معتبر ومثبتاً للشبهة ، وإن لم تكف فيه لإثبات الحل .

وإن كان الدخول بعد الرفض والعلم به ، فإنه لاشبهة تسقط حداً ، وبالتالي لا يترتب شيء من مهر أو عدة أو نسب ، وقد نصت على هذا (المادة ٥٥) من المشروع الخاص بالأحوال الشخصية ، وهذا نصها : « حكم الزواج الموقوف قبل الإجازة كالفاسد إلا إذا حصل الدخول بعد الرفض والعلم به فلا يترتب عليه أثر ما »

والعقد الموقوف لا يثبت توارثاً إذا حصلت وفاة في مدة وقفه . كما أنه لا يثبت حرمة مصاهرة إذا لم يجز ، لأن البطلان أزاله من أصله .

حكم العقد الصحيح غير اللازم

١٢٦ - العقد الصحيح غير اللازم هو العقد الذي استوفى شروط الصحة وشروط النفاذ ، ولكنه لم يستوف شروط اللزوم ، فيجوز لمن له حق الفسخ أن يفسخه في الحدود التي رسمها الشارع له ، ومن ذلك :

(أ) إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير رضا ولها ، وكان الزواج من كفاء ولكن بأقل من مهر المثل ، فإنه عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف يكون للولي حق طلب الفسخ لا أن يرفع المهر إلى مهر المثل . وقال أبو يوسف ليس له حق في ذلك على ماتيين ، ويستمر حق الفسخ عند أبي حنيفة ، حتى يسقطه بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة . أو بالإسقاط .

(ب) إذا زوج الولي غير الأب والجد والابن القاصر من كفاء وبمهر المثل فإنه عند زوال سبب القصر يكون للمولى عليه حق الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة ، على حسب سبب القصر . وقد بينا ذلك في موضعه .

(ج) إذا زوجت نفسها ، واشترطت الكفاءة ثم تبين أنه غير كفاء ، فإنه يكون لها حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب إلى غير نسبه ، ثم تبين نسبه فإنه يكون لها حق الفسخ .

ففي كل هذه الصور وأشباهها يكون العقد صحيحاً غير لازم ،

وإذا حصل دخول في العقد غير اللازم قبل فسخه ، فهو دخول في نكاح صحيح لاشك فيه ، وهو حلال من كل الوجوه ، إذ أن العقد قائم مقرر الأحكام منتج كل آثاره إلى أن يفسخ ، فهو يوجب النفقة ، وإذا مات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ، أو بعد طلبه يكون للآخر أن يرثه ، لأن الزوجية التي هي سبب الميراث قائمة ثابتة ، ومتى كان سبب الإرث قائماً . فإن الملك به يثبت .

وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد الصحيح غير اللازم إذا كان مجرد العقد موجباً للحرمة ، فإذا زوجت البنت زواجا غير اللازم ، ثم حصل الفسخ قبل الدخول بطلب من كان غير لازم بالنسبة له فإنه لا يجوز للأُم أن تزوج من كان زوج ابنتها ، لأن العقد قد وجد ، والفرق بين غير اللازم والموقوف في هذا أن الفسخ في غير اللازم لا يقتضي عدم وجود العقد الذي هو سبب الحرمة ، بخلاف الرفض في العقد الموقوف ، لأن عدم الإجازة ألغى وجود العقد ، ولقد أنصف القانونيون ، إذ حكموا بأن ما يسميه الشرعيون موقوفاً - باطل بطلاناً نسبياً .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول . فإن المهر المسمى يجب ، وتجب العدة ، ويثبت النسب . وتجب نفقة العدة إلى آخر ما هنالك من أحكام الزواج وآثاره . ومثل ذلك إذا كان الفسخ بعد الخلوة الصحيحة .

وإذا كان الفسخ قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، فإنه لا يجب المهر كله . ولا يجب نصفه ، سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم كان من قبل الزوجة ، لأن الفسخ في هذه الحال يكون كتنقض للعقد من أصله . وإن لم ينف أنه وجد ووقع . وإذا كان كتنقض للعقد من أصله ، فلا يجب به مهر مادام لم يكن دخول ، ولا خلوة صحيحة بشروطها .

آثار العقد الصحيح

١٢٧ - آثار العقد : أو مقتضى عقد الزواج - هي الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس ، ونريد أن نتكلم هنا في قضية من القضايا التي يتعرض لها الباحثون في القوانين الحديثة ، ولها في الشريعة الإسلامية نظير ، وهي آثار عقد الزواج أو العقود عامة أهمى من عمل العاقدين أم من عمل الشارع ، فإذا كانت من عمل الشارع ، فإنه ليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط مالا يتفق مع ما يقرره الشارع من مقتضيات للعقد . وإن كانت الآثار من عمل العاقدين فإن كل ما يتفقان عليه من شروط مادامت لادليل يمنعها من الشارع لازمة بمقتضى التزام العاقدين الوفاء بها .

وقد شرحنا هذا الموضوع في موضعه من الكلام في قواعد العقود عامة (١) ونريد هنا أن نبين ما يخص الزواج منه .

إن القاعدة العامة في كل العقود الإسلامية ، وخصوصاً عقد الزواج أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع ، وإن كانت العقود الإسلامية تقوم في الجملة على الرضا ، ولكن موضع الرضا هو في إنشاء العقد ، أما الآثار فترتيب الشارع حفظاً للعدل وصوناً للمعاملات في العقود المالية عن النزاع

(١) شرحنا ذلك في كتابنا الملكية ونظرية العقد (الناشر دار الفكر العربي) فارجع إليه .

وفي الزواج حفظاً للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ، وممراته من ذلك العقد المقدس .

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة في الحملة ، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس ، فما يشترطه العاقدان من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا ينافي مقاصده .

ولكن اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين مضيق ، وموسع ، وما بين ذلك . فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته إذ قصرُوا الأدلة على النصوص ، والحنابلة وسعوا سبيل الشروط ، وأجازوا كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه ، أى ما قام النص أو الأثر بمنعه ، وهم في هذا يجعلون للعائد في الزواج عملاً في آثار العقد ، إذ يجعلون لشرط العائد أثراً زائداً على مانص عليه الشارع ، إلا إذا كان مخالفاً لما جاء به الشارع الإسلامى من نصوص وآثار .

وذهب الحنفية والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد ، كتقديم ضمان للمهر ، أو ضمان للنفقة على بعض الأقوال .

وإذا كانت الشروط لها ذلك الارتباط بآثار العقد ، فمن الواجب علينا أن نبين آراء الحنابلة ومخالفهم فيها في هذا المقام فيما يلي :

١٢٨ - الشروط المقترنة بالعقد وآثاره : تنقسم الشروط المقترنة

بالعقد من حيث ارتباطها بمقتضى العقد وصحتها إلى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) شروط تؤثر في صحة العقد ، فتبطله ، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء ، وهي الشروط التي تجعل صيغة عقد الزواج ذالة بصريحها على توقيته بزمان ، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة ، وهذا عند الحنفية ، وعلى ذلك إذا كان تقييد اللفظ ليس بمدة زمنية ، ولكن قد يؤدي

إليه ، كأن تقول له : تزوجتك على أن تطلقني بعد شهر ، فإن هذا لا يعتبر تقييداً بمدة عند أبي حنيفة وأصحابه (١) لأن الصيغة التي انعقد بها النكاح كانت خالية من التأكيد الصريح ، فلم تبطل دلالتها ، فاستمرت وبطل الشرط .

(والقسم الثاني) قسم يلغى فيه الشرط ، ويصحح النكاح ، وهو عند جمهور الفقهاء كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ، ولا مؤكداً لمقتضاه ولم يقد دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عرف مشهور فكل شرط لا يكون كذلك ، ولا يكون مؤقتاً للصيغة ، يكون لاغياً يبطل ، ولا يؤثر في صحة العقد .

هذا مسلك جمهور الفقهاء في تعريف الشرط الفاسد الذي يلغى ، ولا يؤثر في العقد ، وأما أحمد بن حنبل فقد قال في الشرط الذي يلغى ويصح معه العقد إنه الشرط الذي ورد فيه نهي الشارع ، أو ناقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع ، وقد ذكر من الشروط المنهى عنها أن تشترط المرأة عند الزواج طلاق ضربتها ، فإنه مخالف للنص لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه فيما رواه أبو هريرة إذ قال : « لا تسأل المرأة طلاق أخيها لتكفأ ما في إناثها » (٢) .

ونرى من هذا أن نطاق بطلان الشروط أو إلغائها عند أحمد أضيق من الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء . فهو قد جعل البطلان في حال النهي الصريح ، ومناقضة مقتضى العقد الذي ورد به النص ، أما الأئمة فقد جعلوا البطلان في دائرة متسعة ، وهي ما إذا لم يقد دليل على إقرار الشرط من الشارع بأن يكون موافقاً لمقتضى العقد ، ولو ثبت بالقياس ، أو يكون مؤكداً له ، أو ثبت دليل شرعي على صحة الشرط ، وما عدا ذلك يكون باطلاً ، فصحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام . أما أحمد فكل شرط صحيح لازم ، إلا إذا كان نص يثبت البطلان .

(١) قال أحمد بن حنبل : إن هذا الشرط يعتبر توقيتاً للنكاح ، فقد جاء في المنع . وهو يبين الشروط المبطلّة : « ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطاً تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة . أو يطلقها في وقت بعينه . فهذه شروط باطلة في نفسها . ويبطل بها النكاح »
(٢) قال بعض الحنابلة أن ذلك الشرط صحيح ويجب الوفاء به ، وهو غير الراجح في المذهب .

(القسم الثالث) الشروط الصحيحة ، وهى عند الجمهور الشروط التى تكون جزءاً من مقتضى العقد ، كاشتراط مسكن يليق بها وبه ، أو تكون مؤكدة لمقتضى العقد كاشتراط كفيل بالمهر ، أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء به من نص أو عرف كاشتراط تعجيل جزء من المهر ، أما أحمد فرأى أن الشرط الصحيح الذى يجب الوفاء به هو الشرط الذى لم يقم دليل من النصوص على بطلانه ، ولم يناقض مقتضى العقد الثابت بالنصوص ، كاشتراط ألا يتوارثا مع اتحاد الدين ، ولم يتوارثا مع اختلافه ، فكل شرط لم يكن كذلك فهو صحيح .

وتحريم الخلاف بين الجمهور وأحمد فى الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد يجعل الأصل الصحة ، حتى يقوم دليل من أثر نص قرأ فى إثبات البطلان . والجمهور يقول : إن الأصل عدم الإلزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعى من نص أو قياس أو عرف يثبت الإلزام ، فكأن موضع الخلاف الشروط التى ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها ، فأحمد يجعلها صحيحة ، والجمهور من الفقهاء يجعلونها ملغاة .

احتج الجمهور لمذهبهم من أنه لا يلزم الوفاء بشرط إلا إذا قام دليل عليه . (أولاً) بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » فكل شرط لا يقوم دليل على صحته فهو باطل ملغى ، لأنه ليس فى كتاب الله .

(وثانياً) بقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً . ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرماً للحلال ، إذ يمنع من حق كان للإنسان ، وجعل مالم يكن لازماً فى مرتبة الوجوب .

(وثالثاً) بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب ، ومنعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم فتخرج عن معناها وما يحوطها به الشارع من تقديس .

واسندل لأحمد بن حنبل - أولاً - بقوله صلى الله عليه وسلم : « إن أحق

الشروط أن توفوا بها ما استحلتم به الفروج » فهذا الحديث واجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج ، ولو لم يكن له نص خاص ، أو دليل خاص ، لأن مالا دليل له من الشروط ، يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه ، وشمول ما يدل عليه ، وتأكيده طلب الوفاء به ، ولقد روى أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ، أى لا تسكن إلا في دارها ، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره ، فتخاصما إلى عمر ، فقال عمر : « لها شرطها ، مقاطع الحقوق عند الشروط » .

وثانياً - بأن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشرطها ، وكان رضاه بالعقد على أساسها ، وهى لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التى قام الدليل الشرعى على طلبها فكان لابد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذى تضافرت النصوص عليه ، وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، وإن حصل خلل في الوفاء ، فقد حصل خلل في الرضا الذى كان قوام العقد ، فكان حقاً أن ينظر في رضا المشرط من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد .

وإن أحمد بن حنبل إذ أوجب الوفاء بكل شرط لم يقيم دليل على نقيضه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط لنفسه ، فإنه يكون له حق الفسخ إذا لم يكن وفاء بالشرط ، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء ، إذا اشترطت ألا يتزوج عليها ، ثم تزوج فإن العقد الثانى يصح ، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه قضاء كأن تشترط ألا تخرج من بيتها ، فلها ألا تنتقل إلى منزله ، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال ، لأن امتناعها بحق شرعى لها .

١٢٩ - هذه آراء الفقهاء في تأثير مقتضى العقد بإرادة العاقدين ، وهذه أدلة المختلفين ، وقبل أن نترك ذلك الموضوع نشير إلى ثلاث مسائل :

أولاً : أن مالكا رضى الله عنه يرى كسائر الأئمة أن الشرط الذى لا دليل عليه وليس جزءاً من مقتضى العقد ولا يؤكده لا يجب الوفاء به ،

ولكنه يرى أنه يستحب الوفاء (١) ، فهو يرى أن الوفاء غير لازم ، ولكنه متعوب ، ويرى مع ذلك أن الاشتراط معيب ، وأن على مريد الزواج أن يحسن الاختيار فيستغنى عن الاشتراط .

الثانية : أنه قد اقترح الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل في مشروع سنة ١٩٢٦ فقد جاء في المادة التاسعة منه مانصه :

« إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولا ينافي مقاصد النكاح ، كالألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق ضررتها ، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صرح الشرط ولزم ، وكان لها حق فسخ الزواج ، إذا لم يف لها بالشرط ، ولا يسقط حقها في الفسخ ، إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط » .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت ذلك من مذهب أحمد بن حنبل وقصرت مأخذت على المرأة دون الرجل ، لأنه يملك التخلص من عقد النكاح متى أراد .

ولكن نص المادة والمذكرة يصرح بأن شرط تطليق الضرة يجب الوفاء به ، وإلا يكن لها حق فسخ النكاح ، وذلك ليس هو الراجح في المذهب الحنبلي ، إنما هو رأى أبي الخطاب من فقهاء الحنابلة ، وهو مخالف للحديث أبي هريرة « لا تسأل المرأة طلاق أختها ، لتكفأ ما في إناثها » وكان غريباً أن تختار الرأى غير الصحيح المتأني للحديث ، وفيه ظلم شديد للضرة ، وسير وراء الهوى الجامح .

الثالثة : أننا نرى أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط في الزواج خاضعة للمذهب أبي حنيفة ، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء ، ولو أننا أخذنا بمذهب

(١) راجع المقدمات الممهدة لابن رشد ص ٥٩ و ٦٠ ، وقد جاء فيها أن مالكاً رضى الله عنه كان ينهى الناس عن الاشتراط في العقود ، إذ جاء فيها ما نصه : « قد قال مالك رحمه الله : أشرت على قاضي أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتبت بذلك كتاباً ، وصح به في الأسواق » .

أحمد في الشروط المقترحة بالزواج لكأن كانت آثار عقد الزواج متأثرة بلإرادة العاقدين ، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الإسلامى من الزواج المدنى الذى يعقد فى المدن اللاهية فى أوروبا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة ، ويفسخ لمثلها ، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً لاضطربت الحياة الزوجية أما اضطراب ، ولنضرب لذلك مثلاً ، شرطاً نص عليه فى المادة السابقة متى نقلناها عن المشروع ، وهو ألا ينقلها من بلدها . فإذا كانت مثلاً فى القاهرة لاينقلها إلى طنطا أو أسبوط ، أو أسوان ، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لايسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها . وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام هى فى الشمال ، وهو فى الجنوب ، لايتلاقيان إلى بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟ ! وأى بيت يتكون من هذين العشرين ؟ أو كيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الألفين المتباعدين ؟ ! إن ذلك أمر قد اختاره وارتضاه واضعو ذلك المشروع .

ولقد أحسن أولياء الأمر فى مصر ، إذ رفضوا الأخذ به على الوضع الذى كان مقترحاً ، وعلى ذلك نقرر أن آثار عقد الزواج فى مصر كلها من عمل الشارع ، ولاأثر لما يشترطه الزوجان إلا إذا قام دليل من الشارع على وجوب الوفاء به ، ولكن يلاحظ أن النقد الموجه لمذهب ابن حنبل إنما هو فى استعمال الشروط بعد الدخول ، أما إذا كان الفسخ قبل الدخول فالأخذ بهذا المذهب فيه فائدة ، ولذا جاء فى المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة الجمهورية - سنة ١٩٥٦ اقتراح للعمل بمذهب أحمد قبل الدخول بالنسبة للزوجة ، فقد جاء فى المادة ٢٤ : يعتبر كل شرط متصل بمهنة الرجل أو حالته المالية أو حال أسرته ويكون القبول قد تم على أساسه ، فإذا تبين خلافه كان للمرأة طلب الفسخ قبل الدخول :

وفى المادة ٢٥ يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه ويعود للمرأة ماعساه أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج .

وفى المادة ٢٦ : إذا تم الفسخ وفقاً للمادة ٢٥ - فللزوجة أن يسترد ماأداه من مهر إذا لم يكن قد اختلى بالزوجة خلوة صحيحة .

حقوق الزوجين

١٣٠ - يرتب الشارع الإسلامى بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين مشتركة ، وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً للزوجة على زوجها .

فأما الحقوق المشتركة بينهما ، فالحق الأصل فيها حل العشرة الزوجية بينهما ، وحل ما يقتضيه الطبع الإنسانى مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فلمنهم غير ملومين » (١) وفى الحملة أول ما يفيد الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما .

هذا هو الحق الأصلى المشترك ، وتبع ذلك حقان آخران مشتركان بينهما هما حرمة المصاهرة ، والتوارث بين الزوجين ، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما لحمية تشبه لحمية النسب أو أقوى ، ثم ربطت بين أسرتهما برباط من المصاهرة ، فصارتا كأنهما أسرة واحدة . ولذلك ثبتت بينهما حرمة المصاهرة . ثم ثبت التوارث بسبب أن حل العشرة أوجد الصلة بين الزوجين بما هو مثل القرابة ، وإذا كانت القرابة تثبت الميراث ، فالزوجة أيضاً تثبت الميراث بين الزوجين ، تلك هى شريعة اللطيف الخبير .

١٣١ - وحقوق الزوج على زوجته هى ، أولاً - حق الطاعة فى كل ما هو من آثار الزواج ، وما يكون حكماً من أحكامه .

وقد جعل الشارع للرجل حق تأديب المرأة بالمعروف واللائق بمكانهما وذلك لأن طبيعة كل اجتماع تجعل لواحد منه درجة أعلى من غيره ، وتجعل له سلطاناً فى الإصلاح والتهديب ، وقد كانت هذه الدرجة للرجل ، ولذلك قال الله تعالى . « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » (٢) .

وجعلت هذه الدرجة للرجل ، لأنه أقدر على فهم الحياة ، وما يجب لها

(١) سورة المؤمنون الآية ٧

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

بحكم اختلاطه في المجتمع العام . ولأنه أقدر على ضبط عواطفه ، وتغليب حكم عقله . ولأنه يشعر بالمضرة المالية وغيرها ، إن فسدت الحياة الزوجية ، أو انقطعت . وكل الشرائع سواء أكانت مدنية أو دينية تجعل للرجال درجة على النساء . ولذلك قال الله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض . وبما أنفقوا من أموالهم » (١) .

والتأديب له حد أدنى . وهو الوعظ ، والإرشاد ، وحد أعلى ، وهو الضرب غير المبرح ، وغير الشائن الذي يوجد جفوة وإيحاشاً ، وهذا الحق حده الله بقوله تعالى : « واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن ، واضربوهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ، إن الله كان علياً كبيراً » (٢) .

هذه الطرق الثلاث ، هي لكل النساء وليست كل امرأة تكون لها كل هذه الطرق ، فن النساء من تكفيها الإشارة تأديباً ، والإعراض اليسير هجراً ، ومنهن من لا يجدي معهن إلا الضرب . وذلك واقع في كل زمان ، وهو مظهر ولاية التأديب ، ولكن الإسلام منع الضرب إذا كان مبرحاً أو شائناً كالضرب بالنعل مثلاً ، أو على الوجه ، كما منع ضرب الوجه .

والخائز من المهجر هو المهجر الجميل . وهو المهجر من غير جفوة موحشة ، وهو المنصوص عليه في قوله تعالى : « واضربوهن هجراً جميلاً » (٣) .

والله عظم طبقات أخفها التنبيه الديني . أو الخلق من غير تنقص ، وأعلاها اللوم . والتنبيه إلى العيوب ونتائجها ، ولكل حال نوع من القول ، وطريق في الخطاب . والعاقلة من عرف لكل أمر علاجه ، ولكل داء دواءه .

وفي مذهب مالك أن الرجل إذا نشز وأساء معاملة زوجته رفعت الأمر إلى القاضي . والقاضي يعظه أولاً ، فإن لم يجد الوعظ حكماً لها بالنفقة ، ولا يحكم له بالطاعة مدة . وهذا في مقابل المهجر ، فإن لم يجد هذا عاقبه بالضرب ، هذا في مقابل ماله عليها من حقوق .

(٢) سورة النساء الآية ٣٤

(١) سورة النساء الآية ٣٤

(٣) سورة المزمل الآية ١٠

والقرار في بيت الزوجية من حقوق الزوج على زوجته ، لأنها القائمة بشتونه ، المحافظة على مافيه ، والتوزيع الطبيعي في الوجود يقضى أن يكون عمل الرجل في الخارج ، وعمل المرأة في الداخل ، وكل من قال غير ذلك . فقد خالف الفطرة ، وطبيعة الوجود الإنساني ، ولذلك قال الله تعالى في حق المعتدات : « ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة (١) » ، وإذا كان خروج المعتدات فاحشة مبينة . فأولى بذلك خروج المزوجات .

والقرار في البيت حق للزوجة إذا كان قدم لها معجل صداقها . ولم يكن خروجها لصلة ذي رحم محرم منها ، وعلى هذا لا تخرج إلا بإذنه إذا كان قد قدم ما يجب عليه .

أما إذا كانت تريد زيارة ذي رحم محرم منها ، فإن كان أحد أبويها ، فلها زيارته ، ولو لم يأذن زوجها - كل أسبوع ، أو يكون أحدهما في حال مرض فلها أن تعود من غير قيد ، لأن ذلك صلة للرحم ، ومنعها قطع للرحم ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق . وإن كان غير أبويها فلها أن تزورهم كل سنة مرة ، وقيل كل شهر ، وروى عن أبي يوسف أن لها أن تخرج لزيارة أبويها ومحارمها في المواعيد السابقة بغير إذن زوجها إذا كانوا يعجزون هم عن زيارتها ، أو يشق عليهم ، أما إذا كانوا لا يعجزون فليس لها أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها ، والمشهور هو الرواية الأولى وهي عدم الحاجة إلى الإذن في الحدود السابقة .

وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها ، وإذا كان أحد أبويها مريضاً ، ولم يجد من يتعهده سواها ، فلها أن تتعهده ، وتقيم عنده بقدر حاجته من التعهد ، من غير أن تكون عاصية أو آثمة ، سواء أكان أبوها مسلماً ، أم كان غير مسلم ، لأن الإحسان إلى الأبوين ، لا يشترط في وجوبه الإسلام .

وليس لها أن تدخل أحداً في بيته بغير إذنه ، إلا أن يكون ذا رحم محرم في الأوقات السابقة ، أي يزورها أبوها كل أسبوع ، وسائر محارمها كل سنة على الراجح .

ومما يجعله الشارع أثراً للزواج وحقاً للزوج ثبوت نسب الولد من الزوج إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة على تفصيل وقيود سنينها في موضعها ، وذلك لأن الزواج يوجب ثبوت النسب مالم يتم أمر قطعى ينفي الثبوت . ولذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم ، « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . والخنفية على أن السبب في ثبوت النسب هو نفس العقد من غير اشتراط الدخول . أو إمكان الدخول ، لأن العقد هو « الأمر الظاهر الذى تتعلق به الأحكام ، ولأن الحديث قد جعل فراش الزوجية هو السبب في ثبوت النسب ، من غير أن يشترط شرطاً آخر » وقال بعض الفقهاء : إن السبب الموجب لثبوت النسب هو العقد مع إمكان الدخول ، وذلك ما اختاره القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ماسنين إن شاء الله تعالى .

١٣٢ - وللزوج على زوجته حق رابع ذكرته السنة النبوية ، ولم يذكره فقهاء الحنفية ، وهو القيام على شئون البيت ورعايته ، والعمل في البيت من كنس (١) ، وتنظيف بما يليق به حال زوجها من يسر أو عسر ، وهو حق جرى العرف به في كل العصور ، وجاء به الهدى النبوى الكريم . ولهذا قالت طائفة من فقهاء السلف : إن عليها خدمة البيت والأولاد ، وبه قال أبو ثور من أصحاب الشافعى ، ولكن قال أبو حنيفة ومالك والشافعى إن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع . فليس من مقتضاه خدمة البيت والقيام بشئونه . وإن إعداد البيت واجب على الزوج . وحق للمرأة . ولذلك قال تعالى : «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» (٢) إلا إذا كانت من بيعة يقوم نساؤهم بذلك .

وليس في أدلة الشرع ما يلزم المرأة بخدمة زوجها وأولادها وبيتها . أما غير هؤلاء من الأئمة فقد قالوا : إن الخدمة واجبة عليها في الدائرة

(١) قد اتفقوا على أنها إن كانت قادرة على الطهى والخبز وكانت من بيعة يقوم نساؤها بذلك وجب عليها هذا وأجبرت عليه . وإن كانت عاجزة أو من بيعة لا يقوم نساؤها بذلك فإنه لا يجب . وبعض الفقهاء قال : الوجوب في حال القدرة وجوب ديانة لا قضاء .

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ .

التي تحددها حال الزوج المالية ومرتبته الاجتماعية التي تعلو بها زوجته . فإن كان ذا مال يخدم بالخدم والحشم ، ويكون عليها الإشراف لا الخدمة ، وإلا فعليها الخدمة .

وذلك لما ورد من الآثار الصحاح التي ثبتت أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم كن يقمن بخدمة البيت ، ونساء الصحابة كن كذلك .

ولقد قالت أسماء بنت أبي بكر الصديق خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج الزبير بن العوام « كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أخش لها ، وأقوم عليها » .

ولقد ذهبت السيدة فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وسيدة نساء العالمين إلى أبيها تشكو إليه ما تلقى في يديها من الرحي .

والعرف جار بأن خدمة البيت بما يليق بمثل زواجها واجبة عليها .

وإن الرجل الذي لا خادم له إن جعلنا خدمة البيت ليست عليها تكون عليه ، فيقوم بالخدمة في البيت والعمل في الخارج . وذلك ليس من العدل في شيء . وأن الله سبحانه وتعالى جعل للرجال على النساء درجة . فقال تعالى : « وللرجال عليهن درجة » (١) . وهذه الدرجة تقتضي أن تكون خدمة البيت ، فوق ما بيناه من أثر ، وعرف ، وعدل .

ولهذا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامى في شيء من يقول : إن المرأة ليست عليها خدمة بيتها أو القيام على شئونه وطهى طعامها . وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف .

١٣٣ - حقوق الزوجة على زوجها : للزوجة على زوجها حقوق ،

أولها - العدل ، لأن إذا كان الرجل هو صاحب الكلمة العليا في البيت وله إرادة نافذة فيه ، فهو المسئول أولاً عن إقامة العدل ، وخصوصاً أن له الطاعة والتأديب ، والمنع من الخروج ، والعدل المطلوب هو الذى تطيب به النفس ويرتاح إليه القلب ، وتصان معه الحقوق .

.. ويكون العدل من المتزوج بواحدة أن يعاملها بما يحب أن تعامله به ، بحيث لو فعلت به مثل الذى يفعل بها لقبله منها . وليتذكر قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف . وللرجال عليهن درجة » (١) وإن تلك الدرجة قد حددها الشارع بالطاعة والتأديب غير الخافى والقرار فى بيته ، ولقد قال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » وفسر بعض العلماء المعاشرة بالمعروف بأن يعاملها بما يجب أن تعامله به . ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلى » .

أما إذا كان متزوجاً أكثر من واحدة فالعدل تنسب نواحيه . إذ يصبح مطالباً بالعدل معهن جميعاً ، فلا يظلمهن . بل يعاملهن بما يحب أن يعاملنه به ويكون مطالباً بالعدل بينهن . فلا تنقص واحدة فى المعاملة عن الأخرى ، بل عليه المساواة فى المعاملة الظاهرة بينهن وذلك شرط لحل التعدد ديناً . فقد قال تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » (٢) .

والعدل الظاهر هو المطلوب . أما المساواة فى المحبة القلبية ، فليست بمطلوبة . ذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بين زوجاته ، ثم يقول : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

والعدل الظاهر هو : أولاً - القسم فى البيئات ، بأن يبيت عند الواحدة بمقدار المدة التى يبيتها عند الأخرى . ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب ، والقديمة والحديثة ، والعجوز والشابة ، والمسلمة والكتانية ، وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه ، وذلك لأن السبب الذى يربطه بكل واحدة منهن هو الزوجية وهى قدر مشترك عند هؤلاء جميعاً ، وإذا اتحد سبب العلاقة الشرعية ، وجبت المساواة فيها .

.. والقسم مطلوب فى الصحة والمرض على السواء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين أزواجه وهو مريض ، حتى أذن له فى القرار فى بيت السيدة عائشة رضى الله عنها ، ولولا أن القسم حقهن فى المرض ما كان عليه السلام فى حاجة إلى إذنه ، ليقر فى بيت السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها .

ولا يسقط القسم إلا في السفر ، فإن له في سفره أن يصطحب أى واحدة أراد ، وإن قدم من السفر فليس عليه أن يقيم عند الأخريات بمقدار المدة التي صاحبت هذه فيها ، ولكن الأفضل أن يختار عند السفر واحدة منهن بالقرعة ، لتطيب نفس الأخرى ، ولاتحس بمرارة التفضيل ، وزيادة المحبة لضررتها . ولصاحبة الحق في القسم أن تنزل عنه للأخرى ، لأن القسم حقهما ، ومادام خالصاً لها فلها إسقاطه ، ولقد روى أن السيدة سودة زوجة زوج النبي ﷺ نزلت عن حقها في القسم للسيدة عائشة رضي الله تعالى عنهما .

وثاني الأمرين اللذين يتكون منهما العدل الظاهر بين الأزواج هو المساواة في النفقة بشعبها الثلاث . وهي الطعام ، والسكن . والكسوة . وذلك لأنه على حسب المعمول به الآن وهو قول جمهور الفقهاء أن النفقة تقدر على حسب حال الزوج ، وذلك يجب أن يسوى بين أزواجه في النفقة . لأن أساس التقدير وهو حاله من يسر أو عسر واحد بالنسبة لجميعهن فتجب لهن بقدر واحدة ، فتسوى فيها الغنية والفقيرة وابنة الأمير وابنة الخفير .

هذا هو الحق الأول من حقوق الزوجة . وثانيها المهر . وثالثها النفقة ، ولما كان هذان الحقان لها أحكام تفصيلية ، وهي مطبقة في دور القضاء الشرعي كان لا بد من بيانها بالتفصيل ، وإفراد باب قائم بذاته لكل واحد منهما .

المهر

١٣٤ - المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها ، وهو حكم من أحكام عقد الزواج ، أى أثر من آثاره ، وليس شرط صحة ، ولذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر ، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر ، ولو اتفق الزوجان على أن لا مهر .

وشرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر وليس عوضاً كما فهم بعض الناس ، ولذلك قال كمال الدين بن الهمام : « إنه شرع لإبانة لشرط عقد الزواج .. إذ لم يشرع بدلاً ، كالثمن والأجرة وإلا وجب تقديم تسميته ، ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة فقد قال الله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (أى عطاء) .

وهذا التعبير يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته ، ولكنها هدية لازمة لزوماً متراحياً من غير وكس ولا شطط ، ومن غير عنت ولا إجهاد .

فالمهر على ذلك هدية لتفريب القلوب . ولذا منع النبي صلى الله عليه وسلم على بن أبي طالب من الدخول على زوجة فاطمة بنته عليه الصلاة والسلام ، حتى يعطيها شيئاً من المهر .

ولكن لماذا كان المهر أو تلك الهدية على الزوج دون الزوجة ؟ الجواب عن ذلك - أن النظام الطبيعى فى الوجود جعل الرجل يعمل لكسب المال . والمرأة تقوم على شئون البيت . فكانت التكاليفات المالية كلها عليه ، وكان من المناسب أن تكون عليه هدايا الزواج المالية أيضاً ، فهو يقدم هذا المال ليكون أمانة المودة . وهو من قبيل البر وإظهار الإخلاص .

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها تستقبل حياة جديدة . وهى تحتاج فى سبيلها إلى ثياب وزينة وعطر يليق بحالها ، فكان من اللازم أن يقدم لها الزوج بعض ما يعينها على ذلك ، لهذا أوجب الله لها المهر ، ووجب فى العرف تقديم بعضه على الزفاف .

وقد جرى عرف الناس على أن المرأة هى التى تعد أثاث البيت ، وما يحتاج إليه من فراش ، فكان من الواجب أن يعاونها الزوج على ذلك ببعض المال يقدم ، فكان هو المهر . أو بعبارة أدق ، معجله .

هذا . وفى وجوب المهر فوائد أخرى كثيرة (١) نحتاجنا بيانها عن مقصدنا .

(١) قال صاحب البدائع فى فوائد المهر ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه ، بل لمقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد ، لما يجرى بين الزوجين من الأسباب التى قد تحمل الزوج على الطلاق - من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالى الزوج عن إزالة الملك لأدنى خشونة تحدث بينهما ، ولا يشق عليه إزالته ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ، ولا يحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكترمة عند الزوج ، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يمز فى الأعين . وما تيسر طريق إصابته يهون فى الأعين ، ومتى هانت فى عين الزوج تلحقها الوحشة ، فلا تحصل مقاصد النكاح » .

١٣٥ - المهر حكم من أحكام العقد الصحيح . وقد تقرر أن العقد الفاسد لا يترتب عليه أى حكم من أحكام النكاح . لأن الشرع لا يقر بوجوده ، ولكن قد يصحبه دخول . وتكون ثمة شبهة تسقط الحد فيكون المهر ، لأنه حينئذ سقط الحد وجد المهر على ما هو مقرر في الفقه الإسلامى عامة فيكون المهر بسبب الدخول بشبهة ، لا بسبب العقد ذاته ، وقالوا : إن الدخول في العقد الفاسد هو الذى يوجب المهر ، والعقد لا يوجب .

أما الزواج الصحيح . فالعقد هو الذى يوجه . ويجب حكما من أحكامه ، ولا يجب شرطا من شروطه . فهنا قضيتان إحداهما وجوب المهر ، والثانية وجوبه على أنه أثر لاشترط ، لذلك وجب أن تثبت القضيتين من النصوص الإسلامية .

أما القضية الأولى : فقد تثبت بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى : « وأجل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وقال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فدللت هاتان الآيتان على أن المهر واجب بإيجاب الشارع .

أما القضية الثانية : وهى أن المهر ليس شرط صحة ، فقد ثبت بالقرآن والسنة . أما القرآن فقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » ، فدللت هذه الآية على أنه لا وزر إن كان طلاق قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر ، ولا طلاق إذا لم يكن عقد صحيح فكان هذا دليلا على أن العقد ينعقد صحيحا إذا لم يسم مهر فيه ، ولو كان المهر شرطا للصحة ما صح عقد الزواج من غير تسمية مهر .

أما السنة فما روى أن سائلا سأل عبد الله بن مسعود عن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض لها شيئا ، فجعل يرده شهرا ، ثم قال : أقول فيه برأى ، فإن يك صوابا فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد ، وفى رواية فنى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريثان ، أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجلان ، وقالوا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه ، فسر ابن مسعود

رضى الله عنه سروراً لم يسر قط مثله ، بعد إسلامه ، لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

. وهذا الحديث يدل على أن الزواج من غير ذكر مهر صحيح ، وأن المهر ليس شرطاً للصحة ، وأن الواجب عند عدم تسمية مهر ، هو مهر مثلها .

١٣٦ - وإذا كان المهر أثراً من آثار العقد في الزواج الصحيح فهو حق للمرأة ، ولها أن تسقطه ، وتبرئ زوجها منه إن كان ديناً لم تقبضه ، ولها أن تنهيه له إن قبضته لو كان عيناً ، مادامت من أهل التبرع ، واستوفى الإبراء أو الهبة شروطهما المقررة لها شرعاً .

ولكن عند تسمية المهر في إنشاء العقد لا يكون حقها لها وحدها ، بل لابد من ملاحظة حقين آخرين .

(أحدهما) أن الأولياء العصبية لهم أن يعترضوا إذا سمي ما هو أقل من مهر المثل عند أنى حنيفة ، وأن النكاح يفسخ باعتراضهم ، أو يزداد المهر المسمى إلى مهر المثل ، كما بينا في موضعه .

(ثانيهما) أن كثيرين من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لا يتقص عنه ، ولا يسمى مادونه . لورود آثار تثبت الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر في عقد النكاح لشرف العقد ، وللمعاونة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لا يتزل بشرف العقد ، ويكون فيه معاونة ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

وقد اختلف الذين جعلوا للمهر حداً أدنى في مقداره ، ورأى الحنفية المعمول بمذهبهم في مصر أنه عشرة دراهم (١) ، وحجتهم في ذلك ما روى عن

(١) عشرة الدراهم المذكورة هي التي كانت في الزمن السابق يقدر وزنها بوزن سبعة دنائير ، وذلك لأن الدراهم التي كانت مستعملة في عصر عمر رضي الله عنه كانت ثلاثة أنواع : منها ما كان وزن العشرة عشرة مثاقيل ، ومنها ما كان العشرة ستة مثاقيل ، ومنها ما كان وزن العشرة خمسة ، فاختلف عمال بيت المال مع دافعي الزكاة والخراج ، فجمع عمر رضي الله عنه الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها ، فصار المختبر من ذلك الوقت أن وزن عشرة دراهم سبعة مثاقيل هي كل المقدرات الشرعية ، والمثقال أو الدينار هو العملة التي لا يختلف وزنها ، وهو من الذهب ، ووزنه أكثر من نصف الجنيه بقليل جداً ، أما الدراهم فن الفضة ، وعشرة الدراهم تساوي بالعملة المصرية في الأوقات التي لا تضخم فيها خمسة وعشرين قرشاً ، وفي مثل الزمن الحاضر تساوي نحو خمسة وعشرين ومائة قرش ، والعبارة بالقيمة وقت العقد لا وقت التسليم ، وقد نص على هذا التقدير في المشروع الذي قدر سنة ١٩٥٦ في المادة ٥٧ .

عمر وعلى وعبدالله بن عمر أنهم قالوا : لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم ، وما كان هؤلاء العلية من الصحابة أن يذكروا تقديرأ معيناً لا يعرف بالرأى إلا أن يكونوا قد سمعوه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان ذلك في مرتبة الحديث الصحيح المسند إليه صلى الله عليه وسلم ، وقد ذكروا في هذا خبراً آخر نسبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو ما روى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولكن رواية هذا الخبر فيها كلام يضعف الاستدلال به ، وفيما نقل عن الصحابة ما يكفي للإثبات .

١٣٧ - ومالك يرى أن أقل المهر ربع دينار ، أو مقدار ثلاثة دراهم ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوي ربع دينار ، ولكن في قوله : إن وزن النواة يساوي ربع دينار نظر ، إذ قدرت النواة ، بخمسة دراهم ، ويجوز أن يكون ما ذكر هو المعجل ، وعلى فرض أنه المهر كله ، فهو حجة على أبي حنيفة في تقديره ، وليس حجة على من لم يقدروا للمهر حداً أدنى ، وهناك تقديرات أخرى ، فقد ابن شبرمة الحد الأدنى بخمسة دراهم ، وقدره سعيد بن جبير بخمسين درهماً ، وقدره النخعي بأربعين ، وكلها تقديرات بنيت على وبرود آثار كان المهر هو هذا المقدار ، ولم تمنع منعاً قاطعاً ما دونه .

والشافعي ، ومعه بعض الفقهاء لم يعتبر للمهر حداً أدنى ، بل كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون مهراً ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا ، قل أو كثر تصح تسميته مهراً ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « واتمس ولو خائماً من حديد » والخاتم من حديد لا يساوي عشرة دراهم ولا خمسة ولا ثلاثة .

١٣٨ - وليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء . ولقد روى أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رأى من بعض الناس مغالة في المهور ، فأراد أن يجعل للمهور حداً أعلى لا يتجاوزه أحد ، ليكون الزواج سهل المثنوة ، فلما هم بأن يدعو الناس إلى ذلك خطأته امرأة ، وثلت قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً ،

أناخذونه بهتاناً وإنما مبيناً » فسكت الفاروق أمير المؤمنين ، وقال : أخطأ عمر ، وأصابت امرأة . وروى أنه قال « خاصمت امرأة عمر فخصمته » . وإن الإمام عمر ، إذا كان قد غلب في هذه الخاصمة ، فإنه لم يكن الباعث الذي بعثه إلا مستمداً من روح الشريعة ، وهو تيسير الزواج الذي دعا إليه النبي ﷺ ، إذ قال ﷺ « إن أعظم النكاح بركة أيسره مثنون » وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « خير الصداق أيسره »

١٣٩ - والمهر إذا كان واجباً على أنه أثر من آثار العقد ، لا على أنه شرط من شروط الصحة لا يلزم تقديمه كله عند إنشاء العقد ، أو قبل الزفاف . بل يجوز أن يلزم بعضه ، ويؤخر بعضه إلى أجل معلوم كسنة أو شهر ، كما يجوز إلى أقرب الأجلين ، الطلاق ، أو الوفاة ، فإذا كان الطلاق البائن ، وجب المؤجل ، وإذا كان الموت ثبت المؤجل في تركته ، إن كان المتوفى هو الزوج ، وإن كان المتوفى هو الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج ، ويكون المهر جزءاً من تركتها يقسمونه فيما بينهم ، ويجوز ألا يقدم شيء من المهر قط ، ويتفق الزوجان على تأجيله كله إلى أجل معلوم ، أو إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة (١) .

وإن سمي المهر ، ولم يذكر شيء خاص بتأجيله أو تعجيله قال أبو حنيفة وأصحابه : يتبع عرف البلد الذي كان فيه العقد لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فإذا كان العرف تقديم الكل قدم ، وإن كان العرف تقديم النصف قدم ، وإن كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه قبل الدخول الثلثين ، وعرف بعض البلاد المصرية تقديم الثلثين ، وبعضها تقديم النصف »

(١) لقد جاء في حاشية الزرقاني المالكي ما نصه « يكره التأجيل في الصداق كله إلى أجل معلوم ولو إلى سنة ، لتلا يتدرج لنا إلى النكاح بغير صداق ، بأن يظهر هناك صداقاً ، ثم تسقطه المرأة ، وتحالفته لأنكحة السلف » هذا ، ويلاحظ في مذهب مالك أمران في هذا المقام : (أحدهما) أن المهر إذا كان مبيناً لا يصح تأجيله ، ولو اشترط تأخير قبضه إلى ما بعد الدخول أثر ذلك في صحة العقد ، وإذا كان غائباً غيبة قريبة يمكن إحضاره في يومين أو ما دون ذلك جاز تأجيله إلى هذه المدة استثناء بقرنها ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يصح للتأجيل (الأمر الثاني) أن الأجل في غير المعين إذا كان مجهولاً ، يفسد العقد ، ويكون من الواجب فسخ العقد قبل الدخول لا بعده .

وبعض الفقهاء يقول : إنه إذا لم ينص على مؤجل وممجل كان الأصل هو التعجيل ، أى يجب تقديم المهر كله قبل الدخول ، لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد ، لأنه حكم من أحكامه ؛ وعند الزواج لا تترأخى أحكامه عن أسبابه ، فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ، ولكنه يؤخر بالشرط ولا شرط ، فيبقى الأصل .

المهر الواجب

١٤٠ - يختلف المهر الواجب باختلاف التسمية وجوداً وعدمًا ، وباختلاف مقدارها ، فقد يكون الواجب هو المهر المسمى في العقد ، وقد يكون الواجب هو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب الأقل من المسمى ، ومهر المثل .

وجوب المسمى : ويجب المسمى إذا كان في العقد الصحيح أو بعده تسمية صحيحة معتبرة ، بأن يكون المسمى مالا متقوماً معلوماً علماً ليس فيه جهالة فاحشة ، ولم تكن القيمة أقل من عشرة دراهم عند الحنفية ، أو ما جعل حداً عند غيرهم ، ولا يلزم أن يكون المسمى من النقود ، بل يصح من غير النقود من المثليات أو القيميات ، فيصح أن يكون المهر عقاراً ، لقصر أو ضيقة .

والجهالة اليسيرة في التسمية تغتفر ، والجهالة الفاحشة لا تغتفر ، وحد ما بين الفاحشة واليسيرة هو الوصف ، فإذا كان الوصف غير معلوم ، ولكن الجنس والنوع معلومان فإن التسمية تصح كأن يكون المهر قطن جيزة ، ولم يذكر رتبته فيعتبر الوسط ، وتعد هذه جهالة يسيرة ، ولكن إن جعل المهر حيواناً ، ولم يبين ماهو ، فهو جهالة فاحشة فلا تصح التسمية ، لأنه لا يعلم أى نوع من الحيوان يدفع ، وعند وجوب الوسط حال جهالة الوصف لا يكون الوسط هو المتعين للدفع ، بل يخير الزوج بين أن يدفع الوسط أو قيمته ، ولو كان المسمى مثلياً ، كالقطن ، وذلك لأن الوسط لم يثبت في الذمة حتى يجب مثله إذ الذى يثبت في الذمة يجب أن يكون معروفاً بالجنس والنوع والوصف ، وهذا لم يعرف بالوصف ، فلم يثبت في الذمة ، ولا يمكن

أن يعين بذاته لأنه غير معين بالتعين ، بل هو معروف بتعريف ناقص ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب الوسط في غير المعين أو قيمته .

والوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، إذ أنه عند تحرى معرفة الوسط تكون وسيلة التحرى هي القيمة ، فعند معرفة المهر الواجب في هذه الجهالة تكون القيمة هي المقياس فتثبت هي في الذمة ، فصار الوجوب يتنازع أصلان ، القيمة باعتبارها المقياس لمعرفة الوسط ، والوسط باعتباره المذكور في العقد فيجوز له أن يدفع أيها شاء .

وإنما جازت التسمية مع الجهالة البسيرة ، لأن المكارمة تحرى في المهور فلا تؤدي هذه الجهالة إلى المشاحة كالبيع ، إذ الأمر فيه مبنى على المساومة ، وحيث كانت المساومة كانت المنازعة عند الجهالة ، ولأنه إن فسدت التسمية كان الواجب مهر المثل ، وهو أشد جهالة من هذا .

هذا مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد ، ومذهب الشافعي أن هذه الجهالة تجعل التسمية غير صحيحة .

١٤١ - ويصح أن تكون المنافع مهرا ، وتسميتها تكون تسمية صحيحة إذا لم تكن جهالة فاحشة ، فإذا كان المذكور منافع عين معينة مدة معلومة أو منافع معينة يقدمها الزوج لزوجته أو لذي رحم محرم منها ، ويتراضيان على أن تكون مهراً أو بعض المهر ، فإن التسمية تكون صحيحة ، ويكون الواجب من المهر هو المسمى .

ولكن اختلف فقهاء المذهب الحنفي في صحة التسمية إذا كانت المنافع المسماة خدمة الزوج لزوجته مدة معلومة ، فقد قال الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف : التسمية فاسدة ويجب مهر المثل ، وقال محمد : التسمية صحيحة لكن يكون المهر هو قيمة هذه المنفعة المسماة لآ ذاتها ، لأن التسمية صحيحة ومستوفية للشروط ، ولكن لا يمكن استيفائها ، لأنه يكون في هذه الحالة عليه طاعتها ، والأصل أن طاعته واجبة عليها ، ولهذا تعلل وجبت قيمتها مع صحتها .

أما الشيخان فقالا : أنه مادام قد تعلل الاستيفاء ، لأن فيه قلباً للأوضاع الشرعية ، كانت التسمية باطلة ، كتسمية غير مقدور التسليم ؟

ويلاحظ أن موضع الخلاف يقيماً هو فيها إذا كانت المنافع الممثلة هي خدمة الزوج البيتية لها ، أما غيرها كزراعة أرضها أو بناء دارها ، أو رعى أضياعها فقد اختلفت فيه الرواية ، قيل : إنه لا يجري فيه الخلاف ، واختلف الترجيح .

ويلاحظ أن المنفعة التي تصح تسميتها يجب أن تكون معلومة علماً ليس فيه جهالة فاحشة كما بينا ، ويجب أن تكون مباحة شرعاً ، فإن كانت غير مباحة شرعاً ، كبعض أنواع اللهو ، فإن التسمية تكون باطلة ويجب مهر المثل .

١٤٢ - وقد تكون التسمية مكونة من المال والمنفعة فيسمى في العقد مالا مع شرط منفعة معلومة لها . أو لدى رحم محرم منها ، وفي هذه الحال يكون عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة مع المال المسمى ، سواء أكانت هذه المنفعة مما يقوم بالعقد ، كسكنى دار ونحوها ، أو لا تقوم به ، كأن تشترط أن يطلق ضرثها (١) وذلك بلأرب منفعة لها مع ملاحظة شرط أن تكون المنفعة مباحة كما بينا ، وإذا كانت المنفعة لغير ذى رحم محرم ، فإن اشتراطها يكون لغواً ، ويكون المعتبر هو المسمى فقط ، لأن ذلك يكون شرطاً فاسداً ، فيصح العقد والتسمية . ويلغو ذلك الشرط ، بخلاف ذى الرحم المحرم ، إذ أن منفعته منفعتها . فإن اشترطت له ، فكأنما اشترطت لها ، فلا زيادة على مقتضى العقد إذ ذاك جزء المهر .

وإذا وفي بالمنفعة المذكورة مع المسمى وجب المسمى ، وإن لم يف بها وجب مهر المثل . بشرط ألا يقل عن المسمى ، أما وجوب مهر المثل ،

(١) الفقهاء يعتبرون الطلاق مباحاً قضاءً ، وإن كان يأنم فيما بينه وبين الله إن طلق من غير حاجة إلى الطلاق ، وقد جاء بعض تفريعات لفظية في اشتراط تطليق الضرة ، فإنهم يفرقون في اشتراط تطليق الضرة بين التعبير بالمضارع ، والتعبير بالمصدر ؛ فإنه إذا قال لمن يتزوجها عند إنشاء الزواج ، تزوجتك على مائة جنيه بشرط طلاق الضرة ، يقع الطلاق بمجرد عقد الزواج ، ويكون رجعياً إذا كان بعد الدخول ، لأنه ذلك يعتبر تعليقاً للطلاق على الزواج ، فالطلاق يقع بوقوع المعلق عليه ؛ وهو طلاق ليس في مقابل مال ، أما إذا كان التعبير بلفظ المضارع كأن يقول : تزوجتك على مائة بشرط أن أطلق الضرة ، فالطلاق لا يقع إلا بإيقاع جديد ، ويكون من حيث البينة على حسب حاله (راجع البحر الجزء الثالث ص ١٥٩) .

فلأنها ماضية بالمسمى وحده ، إنما رضيت به مع منفعة أخرى قد اشترطتها ، ولم يف بها ، فكأن التسمية صارت باطلة ، فيجب مهر المثل ، وإنما يشترط ألا يقل عن المسمى ، لأنه رضى به مع منفعة يقدمها ، فأولى أن يرضى به عند عدم الوفاء بهذه المنفعة .

١٤٣ - هذا ويلاحظ أن زفر لا يعتبر كل منفعة مشروطة مع مهر مسمى واجبة الوفاء ، بل إن المنفعة الواجبة الوفاء هي التي يمكن أن تقوم بمال في العقد كاشتراط منفعة عين أو نحو ذلك . فإن لم تكن مما يقوم بالمال كطلاق ضررتها أو اشتراط ألا يتزوج عليها ، فإن الشرط يعتبر لغواً لا يلتفت إليه . ويكون الواجب هو المسمى فقط . لأن ما يكون جزءاً من التسمية هو ما يجب الوفاء به من الأموال أو المنافع التي تقوم بالمال في العقود فإن لم تكن كذلك فليست جزءاً من التسمية . فيكون ذكرها لغواً .

أما أبو حنيفة والصاحبان فقالوا : إن كل شرط يكون فيه نفع لها ، ولو لم يكن مقوماً بمال ، فهو جزء من التسمية . وعند تخلفه يؤثر فيها ، لأنها إنما رضيت على أساس الشرط والتزام الوفاء به وفيه منفعة لها مباحة شرعاً وإن لم تكن مقومة ، فإذا لم يوف بها فقد فوات الرضا بالمسمى فيرجع إلى مهر المثل ، إلا إذا كان أقل من المسمى ، فيجب المسمى لأنه رضى به مع اشتراط منفعة لها ، فأولى أن يرضى به مع عدمها ، كما ذكرنا .

١٤٤ - وقد تقرن التسمية بشرط فيه منفعة للزوج غير مقومة بمال أو مقومة ، أو بوصف مرغوب فيه ، كأن يسمى مائة على أن يسافر بها أو على أنها بكر (١) . وفي هذه الحال إذا تحققت المنفعة ، وثبت الوصف

(١) كان اشتراط البكارة مع المسمى موضع كلام في كتب الفقه الحنلي ، وقد جاء في ابن عابدين نقلاً عن البرازية « إن تزوجها على أنها بكر ، فإذا هي ليست كذلك ، يجب المهر حملاً لها على الصلاح بأن يفرض أنها زالت بوثة ، فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر ، فإذا هي غير بكر ، لا تجب الزيادة ، لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه ، وقد فوات فلا يجب ما قبل به ، ولكن إطلاق أصحاب الدور والوقاية وملتق الأنهر ، يقيد عدم الرجوع بالزيادة عن مهر المثل » .

وترى من هذا أنه إن تبين أن البكارة غير قائمة لا يجعل عدم وجودها دليلاً على أنها =

الموغوب فيه ، فإن لها المسمى كاملاً إذا تحقق شرطه الذي اقترن به ، فإن لم يتحقق المنفعة أو لم يثبت الوصف ، ففي هذه الحال يجب تهر المثل ، على ألا يزيد على المسمى لأنه مارضى بالمسمى إلا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه ، أو المنفعة المشروطة ، فإذا فات ما اقترنت به التسمية ، فقد فات الرضا بالمسمى من جانبه ، فيجب مهر المثل ، ولكن إذا كان المسمى أقل منه وجب المسمى لأنها رضية به رضاء حراً مع تقديمها منفعة أو تحقيق وصف ، فأولى أن ترضى به مع فوائده .

١٤٥ - وقد يردد المهر بين منفعة لها أو له ، فيكون في المهر تسميتان : (إحداها) مقترنة بمنفعة لها ، (والثانية) غير مقترنة ، أو مقترنة بمنفعة له ، أو إحداها مقترنة بوصف مرغوب فيه له أو لها ، والثانية غير مقترنة ، كأن يذكر أن المهر مائتان إن كانت له زوجة أخرى ، ومائة إن لم يكن له زوجة ، أو مائة جنية إن أقام بها ولم يسافر ، ومائتان إن سافر ، أو على مائتين إن كانت بكرأ ، وعلى مائة إن كانت ثيبأ ، وعلى مائة إن كانت جميلة ، وعلى خمسين إن كانت دمية (١) وهكذا .

فإن كانت التسمية على هذا الشكل ، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك على ثلاثة أقوال : فقد قال صاحبان : إن التسمية على هذا الوجه صحيحة ، وأي شرط تحقق وجب ما يقابله من المسمى .

غير محصنة ، بل يحتمل على أنها زالت بوثة ، وأن عبارات الكتب فيها بعض الاضطراب والاختلاف ، والراجع ما اخترنا ، وهو وجوب الزيادة ، وهو غير ما إذا كانت قد تزوجت على أنها بكر فبانت ثيبأ فقد فقد حكمها .

(١) قال بعض الفقهاء ، إن التردد بين البكارة والثبوة ، والقبح والجمال لا خلاف فيه بين الفقهاء في المذهب الحنفي ، وإنهم متفقون على أن التسميتين صحيحتان ، ولكن كمال الدين بن المهام في فتح القدير يرجح أن القبح والجمال على الخلاف « فيقول : وأعلم أنه نقل عن الدهبوسى أنه لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة ، يصحان بالاتفاق ، لأنه لا خطر في التسمية الثانية ، لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً ، غير أن الزوج يجهله ، وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه ، واستشكل بأن مقتضاء ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة ، أو ليست له امرأة ، وبألفين إن كانت حرة الأصل ، أو له امرأة ، ولكن الخلاف منقول فيها : والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقط ، نص في نواذر ابن سماعه عن محمد على الخلاف فيها » وإذن فكل تردد على الخلاف .

وقال أبو حنيفة : التسمية الأولى صحيحة ، فإن تحقق شرطها وجبت ، وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل على ألا يزيد على الأكثر ، ولا ينقص على الأقل .

وقال زفر ، التسميتان فاسدتان ، وعلى ذلك يجب مهر المثل في كل الأحوال بشرط ألا يقل عن الأدنى ، ولا يزيد على الأكثر .

وحجة الصاحبين أنه إن كان هناك تسميتان - كانت كل واحدة على طريق البذل ، أى كل تسمية هي حال تختلف عن حال الأخرى ، ولا تجتمع الحالان : لأنهما متضادان أو شبه متضادين ، فكأن هناك تسمية واحدة ، إذ أنه إن سافر بها تعينت تسمية السفر ، وإن أقام بها تعينت تسمية الإقامة . وألغيت الأخرى ، وإذا كانت ثمة تسمية واحدة فإنها يجب إن وجد شرطها ، إذ لاتنازعها تسمية أخرى .

وحجة زفر أن في العقد تسميتين ثابتتين معا في وقت واحد لا على طريق المبادلة ، وأن ما اقترن بهما من شروط لغو لسببين :

(أحدهما) أن كل شرط فيه منفعة لاتقوم بمال لغو لا يلتفت إليه كما هو أصل مذهبه ، وهذه الشروط التي تردد معها التسمية تشتمل على منافع ، لاتقوم بمال فذكرها لغو .

(وثانيهما) أن الإقامة والسفر وأخواتها شروط فاسدة ، لأنها ليست مقتضى العقد ، وبعضها يثبت من غير اشتراط ، فهو في حكم اللغو أيضاً .

وإذا كانت الشروط ملغاة . فإن العقد قد اشتملت التسمية فيه على تقديرين في حال واحدة ، فتكون التسمية فاسدة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، ولكن لأنها رضية بالأكثر حداً أعلى يزاد عليه ، ولأنه رضى بالأقل حداً أدنى لا ينقص عنه .

ووجهة أبي حنيفة أن التسمية الأولى تسمية منجزة غير معلقة على شروط ، بل اقترنت بها منفعة لأحدهما ، والثانية معلقة على شرط ، فإن تحققت المنفعة المقترنة بالتسمية الأولى وجبت تلك التسمية ، ولا جهالة فيها ، وإن لم تتحقق تلك المنفعة ، فإن تلك التسمية لاتلغى بل تستمر قائمة ، أما التسمية الثانية ،

إذا تحقق شرطها فتعتبر قد ذكرت مع تسمية أخرى هي التي اقترنت بشرط منفعة ، وهي تخلف الشرط ، وعلى حق إذا تحقق شرط الثانية يكون هناك تسميتان في حالة واحدة فتفسد كلتاها ، ويجب مهر المثل لا يزيد على المسمى لرضاها به ، ولا ينقص عن الأدنى لرضاه به .

١٤٦ -- وجوب عشرة دراهم : يقرر فقهاء الحنفية أن أقل المهر عشرة دراهم ، فلا تجوز تسمية أقل منها ، وإذا سمي الزوج أقل من عشرة دراهم وجبت عشرة دراهم ، وقال زفر : إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل ، وذلك لأن التسمية حينئذ لا يعتبرها الشارع ، فتبطل ، ويصير العقد خالياً من التسمية ، إذ تسميته ما لا يصلح مهراً لاتعد تسمية ، وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل .

ووجهة أبي حنيفة والصاحبين أن التسمية في ذاتها صحيحة ، لأن المسمى معلوم وهو مال متقوم ، ولكنها أقل مما قرره الشارع ، فترفع إلى ما قرره وهو عشرة دراهم ، ومن جهة ثانية أنه لما ذكر بعض العشرة التي هي أقل ما يصلح مهراً ، كان كأنه ذكرها كلها ، إذ هي تقبل التجزئة والنقصان ، وذكر بعض ما لا يقبل التجزئة في نظر الشارع ذكر له كله . كمن يعفو عن بعض الدم ، فإنه يكون عفواً عن كل الدم ، وإذا عفا بعض الأولياء ثبت العفو كاملاً ، ومن أعتق بعض عبده عتق كله . لأن هذه حقائق لا تقبل التجزئة ، ولما كانت عشرة الدراهم لا تقبل التجزئة . فإذا ذكر بعضها . كخمسة مثلاً فقد ثبت كلها ، وهو عشرة .

وإذا كان المهر المسمى ليس في الدراهم . وقيمه أقل من عشرة . برفع إلى عشرة أو ما قيمته عشرة . والعبرة بالقيمة وقت العقد ، لا وقت القبض ، لأن شرط الشارع يجب تحقيقه وقت الإنشاء فقط .

١٤٧ - وجوب مهر المثل : مهر المثل يجب في مذهب أبي حنيفة في ثلاث أحوال :

(الحال الأولى) إذا لم يسم شيء في العقد . وتسمى المرأة في هذه الحال المفوضة ، لأنها فوضت أمر مهرها ، ووجب مهر المثل في هذا الحال ، لأنه بالعقد عليها وجب لها مهر المثل لا محالة . فإن كان هناك مهر مسمى ثبت . وإن

لم تكن هناك تسمية اتجه الوجوب إلى مهر المثل ، وقد ثبت ذلك بحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي وافق فتواه فيمن مات زوجها ولم يسم لها مهرأ ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : « لها مهر مثلها ، لاوكس ولاشطط » .

(الحال الثانية) إذا كانت هناك تسمية ، ولكنها فاسدة لجهالة فاحشة ، أو لأن المسمى مال غير متقوم ، ففي هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن التسمية الفاسدة تعتبر كلاً تسمية ، وتعتبر التسمية أيضاً في حكم الملغاة ، إذا كان المسمى أقل من مهر المثل ، ولها ولي عاصب واعتراض ، فإنه في هذه الحال يجب أن يرفع المهر إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد ، وذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقد ذكرناه مراراً .

(الحال الثالثة) أن يكون هناك اتفاق على نفي المهر ، ففي هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن المهر حكم من الأحكام التي جعلها الشارع مرتبة على عقد النكاح ، فلا يملك العاقد نفياً ، وإن نفاها بشرط مقترن بالعقد كان الشرط فاسداً ، وأحكام الشروط الفاسدة في النكاح أنها إن اقترنت بالعقد يصح العقد وتلغى ، ويجب المهر ، وإذا لم تكن تسمية يتجه الوجوب إلى مهر المثل .

ومن صور نفي المهر نكاح الشغار ، وهو أن يزوج رجل آخر من هي في ولايته على أن المهر أن يزوجه الآخر من هي في ولايته ، فمهر كل واحدة زواج الأخرى من الولي ، وقد كان هذا النوع من النكاح معروفاً في الجاهلية ، ومذهب الحنفية فيه أن زواج كليهما قد خلا من ذكر المهر ، واشترط نفية ، فيصح زواجهما ، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها ، إذ هما قد اتفقتا على إسقاط مهرهما ، فيبطل ذلك ، ويصح عقد الزواج ، لا موجب لإبطاله ، لأنه شرط فاسد قد اقترن به ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة .

١٤٨ - ونكاح الشغار قد ورد النهي عنه ، فقد روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار . وفسر الشغار بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق .

. وقد قال الحنفية : إن النكاح صحيح ويجب مهر المثل لكل واحدة منهما لما بينا ، وقال مالك والشافعي وأحمد : إن النكاح فاسد ، وأساس اختلاف أبي حنيفة مع سائر الأئمة الأربعة هو في علة النهي ، فأبو حنيفة اعتبر علة النهي عدم التسمية ، ويزول أثر عدم التسمية بوجوب مهر المثل ، فيسلم العقد . والأئمة الثلاثة جعلوا علة النهي عقد زواجين في عقدة واحدة . ولذلك فسد العقد ، لأن النهي منصب على صيغة الإنشاء .

ولذلك تصور هؤلاء أن يكون شغار مع ذكر مهر مسمى ، أما أبو حنيفة فلم يعتبر الشغار إلا في عدم التسمية . ولذلك لم يتصور الشغار مجتمعا مع تسمية مهر ، إذ أنه في حال التسمية لا شغار .

١٤٩ - تقدير مهر المثل الذي يقرر الفقهاء وجوبه في كثير من الأحوال هو مهر امرأة من أسرة أبيها . كأختها وعمتها وابنة عمها ، فإن لم يكن من أسرة أبيها من تماثلها ، اعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها . ولا ينظر إلى قرابة الأم (١) .

والمائلة المعتبرة أن تماثل المرأتان في السن والجمال (٢) والمال ، والعصر ، والعقل . والدين ، والبكارة ، والثيوبة . والأدب والخلق ، وكونها ذات ولد أو ليست كذلك ، فإن لم تثبت المائلة في هذه الصفات بينها وبين امرأة قريبة . انتقل التقدير إلى امرأة أبعد منها تماثلها فيها .

ولقد نص فتح القدير على أنه يعتبر حال الزوج أيضاً بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها في المال والحسب وعدمها . فإنه إذا كان الزوج في حال يرغب في مثلها يتساهل معه في المهر . بما لا يتساهل مع غيره .

(١) وخالف الشافعي ، فقال : إن لم يكن من أسرة أبيها من يماثلها ، اعتبر من يماثلها من أقاربها ذوى رحمها أيًا كانت قرابتهم . لأن القرابة ولو من الأم أولى بالاعتبار ، ووجهه نظر الحنفية أن نسب الإنسان من قبل أبيه فكان هو المعتبر ، وأن حديث ابن مسعود يقول : لها مثل مهر نساها ، وهن قرابتها من الأب .

(٢) في فتح القدير « قيل : لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف ، بل في أوساط الناس » .

ويثبت مهر المثل بشهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولاشك أن الاتجاه إلى الإثبات إنما يكون عند الاختلاف ، أما عند الاتفاق على تقديره فلا حاجة إلى الإثبات ، إلا إذا ادعى الولي العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح ، فيكون عليه التقدم لإثبات الصحيح إن كانت عنده بينة .

وأيهما أقام بينة عند اختلافهما يثبت مدعاه ، وإن كان كلا الزوجين يدعى أن مهر المثل قدر معين ، وله بينة يريد الإثبات بها ، تقدم بينة الزوجة ، ولا تسمع بينة الزوج ، فإذا كانت الزوجة تدعى أن مهر المثل مائة ويدعى الزوج أنه ثمانون ، فن أقام بينة منهما تثبت دعواه ، وإن أقام كلاهما بينة ، سمعت بينة الزوجة وحدها ولا يلتفت إلى بينة الزوج ، وذلك لأنها تدعى عليه زيادة وهي في مثلها عشرون جنبها وهو ينكرها ، والبيئة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وإن لم يقيم أحدهما بينة على مدعاه ، فالقول قول الزوج بيمينه كما قدمنا .

١٥٠ - وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل : ذكرنا أن العقد الفاسد

لا يوجب أى حق من حقوق الزوجية المعتبرة شرعاً ، ولكن إن حصل به دخول مع شبهة معتبرة ، وجب المهر ، والمهر المعتبر في هذه الحال هو مهر المثل بشرط ألا يزيد على ما سمي في العقد الفاسد ، إذا كانت هناك تسمية معلومة صحيحة في ذاتها ، بأن يسمى مال متقوم ليست فيه جهالة فيجب الأقل من مهر المثل والمسمى ، فإن كان الأقل هو المسمى وجب ، وإن كان الأقل مهر المثل وجب مهر المثل .

وذلك لأن مهر المثل هو الواجب ولكنها رخصت بما دونه ، فتؤخذ برضاها إذ تعتبر بذلك قد أسقطت بعض حقها ، وهي رشيدة فتؤخذ بما أسقطت ، أو تعتبر تلك التسمية تقديرأ لمهر المثل من جانبها ، وقد وافقها الزوج عليها ، فلا يصح النظر إلى ما وراء ما اتفقا عليه إن كان أقل ، لا من حيث احترام الشارع للتسمية ، بل من حيث التراضي على تقدير مهر المثل .

هذا هو نظر أبى حنيفة والصاحيين ، وقال زفر ، يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن العقد ما دام فاسداً ، لا يترتب عليه بذاته شيء ، فتكون التسمية

أيضاً فاسدة فلا يلتفت إليها . إذ تكون لغواً بحكم إبطال الشارع للعقد ، ولأن النكاح الفاسد إذا حصل به دخول كان كالبيع الفاسد إذا حصل به قبض ، ففي هذه الحال تجب القيمة . ولا يجب الثمن المذكور ، فكذا هنا يجب مهر المثل . ولا يجب المهر المسمى . ولا يلتفت إليه ، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل ، لكان المسمى واجباً في بعض الأحوال ، وكان ذلك اعتراًفاً من الشارع بالعقد الفاسد . وذلك لا يمكن أن يكون .

١٥١ - الزيادة والنقص بعد الوجوب : المهر عند إنشاء عقد الزواج

تتعلق به حقوق ثلاثة : (أولها) حق الشارع في ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الحنفية . وقد ذكرنا أنه إن ذكر أقل منها ارتفع المهر إليها (وثانيها) حق الولي العاصب في ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة . فإن له الاعتراض على العقد ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها . (وثالثها) حق الزوجة وهو الحق الثابت الدائم . بل هو الأصل .

والحقان الأولان (وهما حق الشرع وحق الولي العاصب) لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، ومتى تم العقد وقد روعي فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقاً خالصاً للزوجة ، فالحقوق الثلاثة تثبت عند الإنشاء والثالث وحده يثبت عند الإنشاء ، ويكون له وحده البقاء .

وإذا كان المهر حقاً للزوجة من بعد ، فإن لها بعد تمام العقد . وفي أثناء قيام الحياة الزوجية أن تنقص من المهر . كما أن له أن يزيد فيه ، وتكون الزيادة كأصل المهر في حال الدخول أو الوفاة .

ويشترط في حط المهر ثلاثة أمور .

أولها : أن تكون المرأة رشيدة بأن تكون بالغة عاقلة ، وغير محجور عليها لسفه أو غفلة ، لأن حطها من مهرها تبرع على وجه الإسقاط ، والتبرع لا يجوز إلا من رشيد .

ثانيها : ألا يرد الزوج ذلك لأن حط المهر بعد وجوبه إبراء ، والإبراء ينعقد عند الحنفية بإرادة واحدة . ولكنه يرتد بالرد ، لأن من الناس من لا يتحمل منه الإبراء من دين عليه .

ثالثها : ويشترط أن يكون المهر مثلياً معروفاً بالوصف كما أنه جنه مصري أو عشرة قناطير من القطن من نوع معين ، ودرجة معينة ، أما إذا كان المهر

معيناً ، فإنه في هذه الحال لا يصح حطه ، لأن المثليات الموصوفة تثبت في الذمة ، والأموال المعينة الحق يتعلق بها ، وعلى من هي في يده التسليم ، فإن أريد ترك بعض الحق فيها ، فإن ذلك يهبها ، وعلى ذلك يصبح للزوجة إذا كان مهرها معيناً أن تهبه أو تهب بعضه لزوجها ، ولا بد حينئذ من القبول ، ولا يكتفى بعدم الرد ، إذ لا يسقط الحق بالإبراء أو الإسقاط (١) .

وسواء أكان ترك بعض المهر بالهبة أو بالإبراء ، فإنه يجب أن يتوافر الرضا بذلك توافراً كاملاً ، ولقد كان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ومن جاء بعدهم يتحرون ذلك خشية أن يكون الزوج هو الذي أرغمها على ذلك ، أو حملها عليه بماله من سلطان (٢) .

وإذا تم نقص المهر بالإبراء أو الهبة فإن المهر يعتبر هو الباقي عند صاحبين على ما سنين .

ويصح للزوج أن يزيد في مهر زوجته ، وتلتحق هذه الزيادة بالمهر المسمى في العقد في أكثر الأحكام ، ويلزم بها إن تأكد المهر ، وشروط تمام ذلك أربعة :

- (أولها) أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً .
- (وثانيها) أن تقبلها الزوجة . لأنها هبة ، فلا بد لها من القبول ، ولا يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه .
- (وثالثها) أن تكون الزوجية قائمة ولو حكماً (٣) ، لأن هذه الزيادة تلتحق بأصل العقد ، فلا بد من قيامه ، لكي تلتحق بأصله .

(١) نقل في ابن عابدين ، أنها إن قالت في المهر : أبرأتك منه . لا تذهب ملكيتها ، ولكن يسقط عنه الضمان ، فتصبح يده يد أمانة بحيث لو هلك لا يضمن ، لأن الملكية ، وإن كانت لم تنزل بكلمة أبرأت قد زال الضمان بها .

(٢) والمرص على أن تكون حرة في الإبراء أو الهبة كان بعض السلف يميزون رجوعها فيها ، وكتب عمر إلى بعض قضاته : « إن النساء يعطين رغبة ورهبة ، فأما امرأة أعطت ، ثم أرادت أن ترجع فلها ذلك » وحكى أن رجلاً أبرأت امرأته من صداقتها ثم طلقها ، فرجعت فاحتكا إلى عبد الملك بن مروان ، فحكم لها ، وقال شريح في مثل هذا ، لو طابت نفسها ، ما رجعت ، وكان الأوزاعي لا يميز هبة المهر إلا بعد أن تعقب منه .

(٣) تعتبر الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي .

(رابعها) أن تكون معلومة . لأن عقد الهبة على مجهول لا يصح ، وهذه الزيادة هي محل الهبة ، فلا بد من العلم بها .

والزيادة تجب كأصل المهر كما نوهنا ، ولكن يلاحظ أنه إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت ، فإن هذه الزيادة لا تعتبر من المهر ، بل تعتبر وصية ، وتطبق عليها أحكام الوصية . فتنفذ إن كان قانون الوصية ينفذها ، وإلا لا تنفذ .

وكذلك إذا كان الخط من المهر في مرض الموت لا يكون إبراماً مجرداً ولا هبة مجردة من حيث المآكل ، بل يطبق عليه قانون الوصية ، فينفذ إن كانت أحكامه تجوزها ، ولا ينفذ إذا لم تجوزها .

وخلاصة ما جاء في القانون خاصاً بذلك أن الوصية تنفذ ولو كانت لوarith . ما دامت لا تزيد على ثلث التركة .

١٥٢ - وإذا كان الولي هو الأب أو الجد فله أن يزيد في مهر القاصر وليس له أن يحط من مهر القاصرة . وإنما جاز للأب أو الجد أن يزيد في مهر القاصر ، لأن لهما عند أبي حنيفة أن يعقدا بأكثر من مهر المثل فلهما أن يزيدا بعد التسمية ، إذ لا بد أن يكون ثمة دافع لذلك فيه مصلحة للقاصر ، ولأن العرف جاز بأن تهدي الهدايا الضخام من قبل الزوج وأوليائه للزوجة ، وأن تلك الزيادة من قبيل الهدايا فتجوز جوازها ولم يجز الوالي على القاصرة الخط من مهرها ، لأن العرف لم يجز على ذلك . إذ تعبر الزوجة وأسرتها . ولم يعرف أن الزوجة وأوليائها يقدمون الهدايا للزوج وأوليائه على ذلك النحو ، ولذلك لم يكن ثمة مبرر للخط من المهر ، نعم إنه كان يجوز للأب والجد عند أبي حنيفة أن يزوج بأقل من مهر المثل لمصلحة يرونها ، ولكن ذلك عند إنشاء العقد ، وبعد تمامه يقف العرف مانعاً دون ذلك ، فإذا كان عند الإنشاء مسوغ فقد وجد بعده مانع .

ما يؤكد المهر

١٥٣ - يثبت المهر في العقد الفاسد بالدخول مع وجود الشبهة ، وإذا ثبت يثبت مؤكداً لا يقبل السقوط ، لعدم احتمال أن يرد ما يسقطه .

أما العقد الصحيح فإن السبب في وجوب المهر فيه هو العقد المجرد . كما علمت فإذا تم العقد وجب المهر . فإن كان هنا لامهر مسمى تسمية صحيحة يقرها الشارع وجب ذلك المهر حقاً للزوجة . وإن لم تكن تسمية وجب بمجرد العقد مهر المثل ، وإن كانت التسمية لا يقرها الشارع لقلتها وجب الحد الأدنى الذي حده الشارع ، وكل ذلك يكون في ذمة الرجل للمرأة بمجرد العقد .

غير أن ذلك الوجوب ليس ثابتاً على وجه الدوام ، بل يكون قابلاً للسقوط كله أو بعضه . إذا لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط في بعضه أو كله لأي عارض يحدث من بعد .

ومؤكدات المهر في العقد الصحيح ثلاثة : أولها : الدخول الحقيقي . - وثانيها : الموت - وثالثها : الخلوة الصحيحة .

(أ) الدخول الحقيقي : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان المسمى وسواء أكانت التسمية وقت العقد ، أم اتفق عليها بعد العقد ، فإن حصل دخول لا يسقط من المهر شيء من بعد . إلا بإبراء الزوجة أو حطها جزءاً منه ويوجه تأكيده بالدخول أنه بالعقد قد ثبت المهر حقاً للزوجة . ومسقطاته الواردة في القرآن والحديث والقياس قد قيد بمحصولها قبل الدخول ، فالطلاق يسقط نصف المهر . إذا كان قبل الدخول ، وهكذا كل مسقط للمهر أو بعضه فإذا حصل دخول فقد أصبح تحقق المسقط غير ممكن ، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد أو جلها من جانب الزوجة . فكان حقاً أن تجب الحقوق التي على الزوج مؤكدة وأولها المهر . لأن الدخول مع الشبهة في العقد الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط . فأولى أن يؤكد في النكاح الصحيح ، ويجعله غير قابل للسقوط .

(ب) والموت يؤكد المهر الثابت . سواء أكان الذي مات هو الزوج أو الزوجة . وذلك لأن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله وهو الفرقة قبل الدخول ، وبالموت استحالة وجود ذلك المسقط ، فتأكد المهر ، ولأن الموت أنهى عقد الزواج مقرر أكل أحكامه . ومنها الميراث ومنها المهر . فيتقرر ويثبت به ، ولذلك اتفق الفقهاء جميعاً على أن الموت الطبيعي ، أو بقتل أجنبي لأحدهما أو بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج نفسه يقرر المهر

ويؤكد، وكذلك قال أبو حنيفة والصاحبان والشافعي ومالك إذا قتلت نفسها، بل قال أبو حنيفة والصاحبان أيضاً: إذا قتلت الزوجة زوجها بتقرر مهرها. ومن هذا نرى أن الفقهاء اتفقوا (١) على الموت الطبيعي (٢) وعلى قتل أجنبي لأحدهما. لأنه كالموت الطبيعي من حيث إنه ليس لأحدهما يد فيه. (٣) واتفقوا على أنه إن قتلها الزوج بتقرر المهر لأن الحناية منه لا تسقط حقاً واجباً عليه (٤) واتفقوا على أن المهر لا يسقط شيء منه إذا قتل الزوج نفسه. لأن ذلك كالموت بالنسبة لحقوق غيره وليس منها جناية عليه فيظن سقوط حقها.

وموضع الخلاف إذا قتلت نفسها، أو قتلت زوجها، وأئمة المذهب الحنفي على أنه يتأكد المهر فيها. لأن المسقط هو الفرقة بينهما وهما على قيد الحياة. وقد امتنع ذلك المسقط، فيتأكد المهر، فكل موت أيا كان طريقه يؤكد المهر عنه الحنفية.

١٥٤ - ولقد قال زفر: إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفاً لذلك جمهور الفقهاء - لأن قتلها نفسها جناية وقد فوتت بهذه الحناية حق الزوج عليها فتسقط حقها في المهر إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل، ولأن قتلها نفسها كارتدادها. وهي إذا ارتدت قبل الدخول سقط كل مهرها.

وقال زفر مع الأئمة الثلاثة: إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله. وخالف في ذلك بقية الحنفية كما نوهنا، وحجة الأئمة الثلاثة وزفر أن قتلها زوجها جناية. وما عهدت الحنانيات مؤكدة للحقوق، ولأنها تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر، ولأن قتلها زوجها كردها من حيث إنها أنهت الزواج بمعصية يسقط المهر كله. إن كان ذلك قبل الدخول.

والمعمول به مذهب أبي حنيفة والصاحبين الذي ذكرناه، وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صوره. وأرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة، وزفر في حال ما إذا قتلت المرأة زوجها لكان ذلك أعدل وأقوم، إذ أنها تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول، فتزيلها بقتل زوجها، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التي تبرمت بوجودها؟؟

إن ذلك غير معقول في ذاته ، وليس من العدل في شيء .

١٥٥ - (ج) والخلوة الصحيحة : في النكاح الصحيح تؤكد المهر

كالدخل الحقيقي ، والخلوة الصحيحة هي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما . ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقي ، فإذا حصل الاجتماع على ذلك النحو ، فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر . ووجبت العدة ، ولو لم يحصل في الاجتماع دخول حقيقي .

وقد اشترط في الخلوة الصحيحة الخلو من الموانع التي تمنع من الدخول الحقيقي . والموانع ثلاثة أقسام ، وهي :

الأول - المانع الحقيقي : وهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها ، كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أو يكون بالزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيراً أو مريضاً . فإذا كان هذا المانع لم تكن الخلوة صحيحة .

والمانع الثاني - وهو المانع الطبيعي : بأن يكون معهما ثالث : فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده . بل لا يوجد معنى الخلوة مع وجوده . سواء أكان الثالث صاحياً أم كان نائماً ، وسواء كان أعمى أم بصيراً ، والصبي الذي يفهم الأشياء يمنع وجوده تحقق الخلوة الصحيحة . وإن لم يفهم الطفل شيئاً قط لا يمنع وجوده الخلوة الصحيحة .

والمانع الثالث هو المانع الشرعي : وهو أن يكون أحد الزوجين في حال تمنعه شرعاً من الدخول كأن يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هي حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لا تكون صحيحة .

ولقد استحسن القدوري في كتابه أنه إذا كانت الخلوة غير صحيحة بسبب وجود المانع الشرعي ، فإن المهر لا يؤكد ، ولكن العدة تثبت للاحتياط ، بخلاف ما إذا وجد المانع الحقيقي أو الطبيعي ، فإن الخلوة لا تصح ولا تتحقق فلا تثبت عدة ولا مهر (١) .

(١) هناك رأى آخر هو أن العدة تثبت عند وجود مانع حقيق أو شرعي ، ولكنها لا يثبت المهر مع وجود أي مانع ، وقد رجح صاحب فتح القدير ما رآه القدوري إلا إذا كان الصغير قادراً ، والمرض غير مدنف أي غير شديد يوجب المجز التام . ولكن صاحب البحر رجح =

١٥٦- والخلو كالدخول الحقيقى فى تأكد المهر ، فلا يسقط منه شىء بعدها . وفى ثبوت النسب ، وفى ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلو وما يترتب على ثبوت العدة من

(أ) وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام ومسكن وكسوة .

(ب) وحرمة نكاح محرم للزوجة حتى تنتهى عدتها ، لأن الجمع بينها وبين محرم لها كحمتها أو خالتها غير جائز فى النكاح وفى العدة .

(ج) وحرمة تزوج أربعة غيرها فى أثناء العدة ، إذا كانت مطلقة بعد الخلو لقيام العدة ، لأن الجمع بين أكثر من أربع ، كما يحرم فى النكاح هو محرم فى العدة .

وتختلف الخلو عن الدخول الحقيقى فى أحكام أخرى منها :

(أ) الإحصان . فإن الرجل أو المرأة إذا زنيا ، وكانا محصنين كان الحد هو الرجم ، والإحصان هو الزواج مع الدخول الحقيقى ، والخلو لا تقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا . لأن الحدود تسقطها الشبهات ، فأولى ألا تثبت بالاشتباه فى تحقق شرطها ، ولذا لا يثبت بالخلو الإحصان ، فيكون الحد إن حصل زنى هو الجلد مائة .

(ب) حرمة البنات فإنه من المقرر أن حرمة بنت الزوجة على زوجها حرمة أبدية شرطها الدخول بالأم لنص الآية الكريمة « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » والدخول هنا هو الدخول الحقيقى ، فلا تغنى الخلو عنه . فإذا احتلى بامرأة ثم طلقها لا تحرم عليه بنتها بعد انتهاء العدة .

(ج) حل المطلقة ثلاثاً لمطلقها ، فإنها لا تحل إلا بعد أن يتزوجها آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً ، ثم يطلقها ، وتنتهى عدتها ، ولا تقوم

= وجوب العدة عند وجود مانع شرعى أو حقيقى فقال : المذهب وجوب العدة مطلقاً (أى سواء أكان حقيقياً أم كان شرعياً) وظاهر أنها واجبة قضاء وديانة . وقال المتأخر وتكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلو الصحيحة أنها واجبة ظاهراً أم على الحقيقة ، فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء والجزء الأخير الذى نقله صاحب البحر عن المتأخر يفيد فائدة جديدة وهى أن وجوب العدة إذا كانت الخلوة صحيحة خالية من الموانع الشرعية بالحقيقة ؛ إنما هو فى القضاء لا فى الديانة ، وعلى ذلك إذا كانت متأكدة من عدم الدخول فإنه يحل لها الزواج من غيره ديانة لا قضاء .

الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقي ، لأن نصوص الشارع صريحة في اشتراطه .

(د) الرجعة ، فإن الرجعة تثبت إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي هو الأول أو الثاني ولم يكن على مال ، إذ يكون الطلاق رجعياً - أما بعد الخلوة فإنه لا تثبت الرجعة ، لأن الطلاق يكون بائناً قبل الدخول الحقيقي في كل الأحوال .

(هـ) الميراث ، فإذا مات أحدهما في عدة الطلاق بعد الخلوة فإنه لا يرث مطلقاً ، سواء أكان الطلاق فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها ، أم كان الطلاق لم يقصد به الفرار ، وهو الطلاق في الصحة أو في مرض الموت برضاها ، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقي فإنه لا يمنع التوريث إذا كان رجعياً ، أو كان بائناً في عدة الطلاق البائن إذا كان المطلق قد اعتبر فراراً من الميراث ، ويمنع التوريث إذا كان بائناً ولا فرار فيه ، وحينئذ يكون مواضع الفرق بين الدخول الحقيقي والخلوة بالنسبة للميراث . إنما هو في حالة الفرار ، لأن الطلاق دائماً بعد الخلوة بائن ، وهو يمنع الميراث في الدخول الحقيقي ، فأولى أن يمنعه في الخلوة ، وإنما يحتمل الميراث إذا كان بعد الخلوة مع الفرار ، وقد جاء النص في الفقه الحنفى بأنه لا ميراث في عدة الفار إذا كان الطلاق بعد الخلوة (١) .

والسبب في عدم ثبوت الميراث إذا حصلت الوفاة في عدة الطلاق بعد الخلوة أن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط ، والميراث حق مالى لا يثبت إلا إذا وجد سببه ، ولا يثبت للاحتياط ، ولأنه لو ثبت لها يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم ، ولا ينتزع من أحد الورثة حقه إلا بسبب قاطع ملزم ، فلا ينتزع بأمر وجب للاحتياط .

١٥٧ - وإذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة ثبتت ، ووجبت أحكامها التي قررناها ، أما إذا اختلفا في وقوعها ، كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملاً ، لأنه اختلى بها ، وقال الزوج : لك نصف المهر ، لأن الطلاق كان قبل الدخول

(١) فقد جاء في ابن عابدين ما نصه : « قال الرحمنى : وعلى هذا لو طلقها في مرض موته بعد الخلوة الصحيحة وقبل الوطء ومات في عدتها لا ترث » وبه جزم الطواق فيما كتبه.

لم تسبقه خلوة ، فالقول قولها يمينها ، لأن الأصل هو ثبوت المهر كله في ذمته بالعقد ، وخلاف الأصل ثبوت نصفه ، والقول قولها ، لأنها تدعى الأصل .

هذا ما ذكره ابن عابدين (١) والظاهر أنه إذا كانت لها بينة تسمع ، لأنها تقوم على واقعة معينة ، وهو يستمسك بأصل آخر ، وهو عدم وقوع خلوة أو دخول ، إذ أن ذلك هو الأمر الأصلي ، ومدعى خلافه عليه أن يثبته ، إنما يأتي كلام ابن عابدين في حال ما إذا لم تكن بينة ، فإنها تحلف من حيث إنه يدعى سقوط نصف المهر ، وهي تنكر ذلك .

١٥٨ - هذه مؤكدات المهر الثلاثة عند الحنفية ، ويوافقهم فيها الإمام أحمد ويزيد عليها ، أما الشافعي فلا يرى أن الخلوة تؤكد ، بل يؤكد الدخول الحقيقي . والموت فقط ، ومالك كالشافعي ، ولكنه يرى أن من مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية ، وتقيم فيه سنة بلا دخول حقيق مع تهيؤ كل الأسباب له ، فالإقامة المذكورة تنزل منزلة الدخول الحقيقي ، وكان المالكية لم يهملوا اعتبار الخلوة بإطلاق ، ولم يعتبروها بإطلاق بل اعتبروا الخلوة مؤكدة للمهر مع البقاء سنة ، وتعليل ذلك واضح ، إذ أنها بإقامتها في منزله سنة وخلوته بها من وقت لآخر - قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها ، فحق لها المهر كاملاً غير منقوص .

وقد قلنا إن أحمد بن حنبل يعتبر كل المؤكدات التي يذكرها الحنفية ، ويزيد عليها مؤكداً رابعاً ، وهو ما يعد مقدمات الدخول ، فالنظر بشهوة أو التقبيل ، أو اللمس بشهوة - يؤكد المهر كاللدخل ، ولو حصل على غير خلوة بل لو حصل في حضرة الناس ، لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج ، فتأكد المهر بها ، وهذا نظر سليم لو أخذ به في مصر ، وطبقته المحاكم الشرعية لكان فيه احتياط للفتاة وأسرته فإن كثيراً من الأسر في مصر بمجرد العقد يلتقي الفتى بالفتاة ويصاحبها في الملامى قبل أن تزف إليه ، وربما

(١) ذكر هذا ابن عابدين ، وذكر أنه أخذه عن الزاهدي في القنية .

يعدل عن إتمام الزواج بعد الاصطحاب الطويل ، ويسقط نصف المهر ويكثر القيل والقال .

سقوط نصف المهر

١٥٩ - المهر يجب في النكاح الصحيح بالعقد ، لأنه حكم من أحكامه كما بينا ولكنه وجوب على خطر السقوط قبل الدخول الحقيقي والحكمي والموت ، فإذا طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر ، وبقي الواجب في النصف الباقي ، وذلك لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير » .

فهذه الآية كما ترى ، تدل على أن المهر يسقط نصفه إذا حصل طلاق قبل الدخول ، وكانت هناك تسمية وقت العقد ، فإذا لم تكن هناك تسمية وقت العقد ووجب مهر المثل ، لا ينصف ذلك المهر ، لأن الذي ينصف هو المفروض بنص الآية ، إذ تقول : « وقد فرضتم لهن فريضة » .

وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقي والحكمي يتفق مع القواعد الفقهية ، لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقضى ألا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شيء ، ولكن الطلاق في ذاته : إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وإن إنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ، ولا يلغيها ، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، فكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح أحدهما على الآخر أن يجب نصف المهر إذ أن النظر الأول نفي المهر كله ، والثاني أثبته كله ، فتوسطاً بين العاملين وجب النصف .

ثم إن وجوب النصف فيه معنى التسريع بإحسان الذي أمر به الله سبحانه فقد قال تعالى : « وسرحوهن سراحاً جميلاً » لأن الفرقة قبل الدخول تخرج نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر استجابةً إذا لم يكن الطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » .

١٦٠- والمهر الذى ينتصف بالطلاق قبل الدخول هو المسمى وقت العقد ، كما نوهنا ، أما الذى فرض بعد العقد ، فإنه لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول بل يجب فيه المتعة ، وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد ورأى أبى يوسف فى قوله الأخير .

أما رأيه فى قوله الأول ، وهو رأى الشافعى ومالك ، فتتصيف المفروض بعد العقد ، وحجتهم أن الآية جاءت بتتصيف المسمى سواء أكانت التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته ، بدليل أنها تكون هى الواجبة ، إن تأكد المهر بدخول أو وفاة .

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن الآية واردة فى المسمى وقت العقد ، كما هو الظاهر والغالب ، لأنها هى التسمية التى تقرن بالعقد ، وتكون جزءاً منه ، والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد ، ولأنه إذا حصل العقد من غير تسمية انصرف الوجوب إلى مهر المثل ، لأنه بمجرد تمام العقد يجب مهر فور التمام لا محالة ، فإن كان ثمة تسمية صحيحة معتبرة شرعاً انصرف الوجوب إليها ، وإن لم تكن صحيحة انصرف الوجوب إلى مهر المثل (١) ، فإذا حصل اتفاق على تسمية مهر معين ، فإنما ذلك تقدير لمهر المثل ، ولذلك يجب ذلك المسمى على أنه مهر المثل قد اتفق عليه ، وإذا حصل مؤكد من مؤكدات المهر كان التأكيد لهذا القدر ، فإن حصل ما يوجب سقوط بعض المهر وجب حينئذ ما أوجبه فى حالة عدم التسمية . وهو المتعة ، على ما سبق .

إذا حصلت زيادة فى المهر المسمى من الزواج بعد العقد ، فإنها تنتصف عند أبى يوسف ، لأنها تلتحق بالمسمى فتسرى عليها أحكامه وتنتصف بالطلاق قبل الدخول لأن الذى ينتصف هو المسمى وقت العقد فقط ، لظاهر الآية كما ذكرنا (٢) .

(١) هذا مقتضى أصول الحنفية ، أما مقتضى أصول المالكية والشافعية فهو أن المهر يجب بنفس العقد إذا كان مسمى وقته ، أما إذا لم يسم وقته فيجب بالتراضى عليه بعد العقد ، أو بالدخول ، فيجب مهر المثل ، ولذلك كانت المفوضة لا مهر لها عندهما إن مات عنها قبل الدخول .

(٢) ذكر فى البدائع ، أن الذى ينتصف هو المسمى وقت العقد فقط ، فإن اشترط ما فيه منفعة لها مع التسمية لا يلتفت إلى الشرط ، ولذا قال : « لو شرط مع المسمى الذى هو =

١٦١ - وإذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وسقط نصف المهر ، أيعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق أم لا يعود إلا بالتراضي أو حكم القضاء إذا كان الطلاق قبل القبض ، فالنصف يعود إليه من غير حاجة إلى القضاء ، لأنه إذا كان ديناً فقد سقطت المطالبة بنصفه بمقتضى النص الكريم ، وإن كان المهر معيناً فإن يده ثابتة عليه وليست لها المطالبة بالنصف ، لسقوط وجوب نصف المهر بمقتضى الآية الكريمة ، فالملكية حينئذ في النصف تعود إلى الزوج . أما إذا كانت قد قبضت المهر فإن النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالتسليم أو بحكم القضاء ، وإحدى الروايات عن أبي يوسف : يعود إلى ملكه من غير حاجة إلى القضاء ، لأن الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة النصف إلى ملك الزوج ، ومتى وجد السبب وجد المسبب حتماً ، وقد وجد الطلاق المذكور ، فيعود النصف إلى الزوج .

وحجة أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أن المهر يملك بمقتضى العقد ملكاً مطلقاً ، فإذا قبض فقد تعينت الملكية في المقبوض ، والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول أحد العاقلين فلا بد من قضاء القاضي أو التراضي . وقبل القبض لا تكون الملكية متعينة على الإطلاق في المهر المعين بدليل أنه لو هلك يهلك مضموناً على من في يده .

ويترتب على أن ملكية النصف لا تعود في المهر المقبوض إلى الزوج إلا بعد التسليم أو القضاء - أنه لو تصرف فيه قبل القضاء أو التسليم يكون تصرفه فيما لا يملك ، فيكون موقوفاً على إجازتها أو الحكم ، وإن تصرفت هي نفذ تصرفها لأن ملكيتها لم تزل عن العين ، وهذا عند الطرفين ، وعند

= مال ما ليس بمال ، بأن تزوجها على ألف درهم على أن يطلق امرأته ، أو على ألا يخرجها من بلدتها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط ، لأن هذا شرط إذا لم يقع الوفاء به يجب مهر المثل فلم يثبت ، ومهر المثل في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره ، فلم يبق إلا المسمى فينصف . وكذا إذا شرط لها مع المسمى شيئاً مجهولاً ، كما إذا تزوجها على ألف ، وأن يهدي إليها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى .

وقبل أن نترك هذا المقال نقول ، إن مالكا يتفق مع الطرفين في عدم تنصيف الزيادة مع وجوبها بالدخول والموت ، والشافعي يقول ، الزيادة بعد العقد ملغاة في كل الأحوال ، إلا إذا كانت هبة .

زفر ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف : تصرفه ينفذ في نصفه ، وتصرفها لا ينفذ في هذا النصف . لأن ملكيتها قد زالت عن النصف بالطلاق قبل الدخول .

١٦٢ - قد تبين مما مضى أن المهر بعد تمام العقد خالص حق المرأة ، فلها أن تنهبه لزوجها ، وأن تبرئه من بعضه أو كله . وإذا وهبته له أو بعضه أو برأته منه أو بعضه وحل طلاق قبل الدخول فما الحكم ؟ لقد أجاب الفقهاء عن ذلك السؤال ، وصوروا له صوراً وأحوالاً شتى ، نكتفي بذكر ثلاث منها . لأن بيان حكمها ودليلها يكشف عن حكم غيرها من المسائل المتشعبة وها هي ذى الصور الثلاث :

(الصورة الأولى) إذا أبرأته من المهر كله . وكان ديناً ثابتاً في الذمة لم تقبضه أو وهبته ثم حصل طلاق قبل الدخول ، فقال أبو حنيفة والصاحبان ليس له أن يرجع عليها بشيء إذا لم تأخذ منه شيئاً ، وقال زفر : له أن يرجع بنصف المهر ، وإن كانت لم تقبض منه شيئاً .

والخلاف بين زفر وأئمة المذهب يدور حول أصلين مقررين في الفقه الحنفى :

(الأصل الأول) أن تعدد السبب يترتب عليه تعدد الحق ، والحقوق تتعدد باختلاف أسبابها . فوصول المهر بطريق الهبة غير وصول نصفه إليه بسبب الطلاق قبل الدخول ، فإذا حصلت هبة مهر وطلاق قبل الدخول فقد صار له حقان : المهر بالهبة ، ونصفه بالطلاق قبل الدخول . ولا يغني أداء أحد الحقين عن وجوب الحق الآخر ، بل لابد من أدائهما معاً .

(الأصل الثاني) أن الإنسان إذا وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب ، فما دام الحق تعلق بشيء بعينه ، فإذا وصل ذلك الشيء إلى صاحب الحق ، فقد وصل إليه كل ماله من حق متعلق به ، فإذا كان حقه في براءة ذمته فإذا تمت تلك البراءة ، فقد وصل إليه عين حقه . مهما تكن أسباب تلك البراءة . وإذا تعلق حقه بعين من الأعيان ، فإذا آلت إليه تلك العين فقد تم

له كل الحق مهما يكن سبب الوصول (١) هذا أصل مقرر في فقه أبي حنيفة ، كما أن الأول أصل مقرر فيه أيضاً .

لقد أخذ زفر في هذه المسألة . (وهى هبة المهر الدين أو البراءة منه ثم الطلاق قبل الدخول) - بالأصل الأول (٢) فأوجب عليها النصف لأن السبب الذى وصل إليه المهر كله أولاً كان بمقتضى الهبة أو الإبراء ، والسبب الذى جعل له الحق فى النصف هو الطلاق قبل الدخول وبتغير السببين يختلف الحقان . فتعين أن تؤدى إليه النصف .

وأخذ أبو حنيفة والصاحبان بالأصل الثانى فقالوا : إن حق الزوج بالطلاق قبل الدخول فى مهر لم يقبض هو أن تسقط المطالبة بالنصف ، وقد سقطت تلك المطالبة بالإبراء أو الهبة ، فقد وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب .

وقد اعتبر صاحب الهداية قول زفر قياساً ، واعتبر قول أئمة المذهب الثلاثة استحساناً ، وقد طبق زفر الأصل الأول فى كل فروع هبة المهر ، وسقوط نصفه .

(الصورة الثانية) إذا قبضت نصف المهر ، ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغير المقبوض أو أبرأته من المقبوض ووهبت المقبوض والمهر دين كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فقتضى مذهب زفر أنه يرجع بالنصف أخذاً بالأصل الأول الذى ذكرناه (٣) آنفاً .

(١) فرع صاحب البحر على ذلك الأصل فروعاً كثيرة (منها) إذا وهب الغاصب الشيء المنسوب لصاحبه وقبضه ، فليس له أن يطالب بالمقصود (ومنها) إذا باع يبيعاً فاسداً وقبض المشتري المبيع ثم وهب للبائع لا يضمن قيمته لحصول المقصود ، بخلاف ما لو وصل إليه المبيع من جهة غير جهة المشتري حيث لا يبرأ من الضمان ، لأنه لم يصل إليه من الجهة المستحق عليها (ومنها) مريض وهب عيناً هى كل ما يملك ، ثم وهبها للموهب له المريض لا يضمن الموهب له شيئاً إذا مات المريض فى مرضه ، فلا يضمن ثلثي قيمتها أو أقل من ذلك ، (ومنها) أن المرتضى إذا أبرأ الراهن من الدين ، ثم هلك الرهن لا يضمن .. وهكذا .

(٢) ذكر صاحب البدائع لزفر وجهاً آخر غير الأصل الأول ، فقال : « وجه قول زفر أنها بالهبة تصرف فى المهر بالإسقاط ، وإسقاط الدين استهلاكه ، والاستهلاك يتضمن القبض فكأنها قبضت ، ثم وهبت » .

(٣) ذلك ما ذكره كمال الدين بن المهام فى فتح القدير .

أما أئمة المذهب فقد اختلفوا فيما بينهم . فقد قال أبو حنيفة : لا يرجع عليها بشيء كالصور السابقة ، وقال الصحابيان ، يرجع عليها بنصف ما قبضت .

والخلاف بين الإمام والصحابين في هذه القضية يرجع إلى أصل مختلف فيه ، وهو أن الإبراء في المهر يلتحق بأصل التسمية عند الصحابين ، فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الخمسين أو وهبتها له مع ما قبضت ، فؤدى ذلك أن يصير المهر هو الخمسين فقط التي قبضتها ، فإذا كان الطلاق قبل الدخول ، وجب أن ينتصف (١) ، أما أبو حنيفة فإنه لا يلحق الإبراء من المهر بأصل التسمية . فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الأخرى أو وهبتها له مع ما قبضته ، فإن المهر يستمر مائة ، وقد وصل إليه بعضه بالهبة وبعضه بالإبراء ، فقد وصل إليه عين حقه في ضمن ما يوصل إليه .

ووجهة الصحابين في إلحاق الإبراء بأصل التسمية أن المهر في النكاح كالثمن في البيع ، ونقص الثمن بعد العقد يلتحق بأصل العقد ، فيكون الباقي هو الثمن فكذلك المهر - الإبراء من بعضه يجعل الباقي هو المهر .

ووجهة أبي حنيفة أن البيع يبني على المراجعة ، وقد تقع فيه المغالبة ، فيكون له حاجة إلى دفع الغبن بالخط من الثمن أو الزيادة عليه . فكان من الواجب أن يلتحق الخط والزيادة بأصل العقد ، ولأشياء من ذلك في المهر ، لأنه مبني على المسامحة ، فيعتبر الخط تبرعاً منها ، والزيادة كذلك منه ، وأيضاً لو كان الخط ملتحقاً بأصل العقد لوجب ألا يصح الإبراء إذا بقى من المهر أقل من عشرة دراهم ، لأن التسمية لا تجوز بأقل من عشرة دراهم ، وقد اتفق الجميع على جواز الخط من المهر ، ولو كان الباقي دون العشرة ، بل لو لم يبق شيء قط .

وإذا وهبت النصف وقبضت النصف فأبو حنيفة قال : لأشياء يرجع به ،

(١) وكان التنصيف ، لأن ما وصل إليه بهبة المقبوض ليس عين حقه إذ أن ما وهب له هو مثله لا عينه .

لأنه قد وصل إليه عين حقه وهو براءة ذمته ، وقال الصّاحبان : له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه الباقي من المهر .

وإذا كان المهر مائة قبضت منه ثمانين ثم وهبت الباقي ، فله أن يرجع عند أبي حنيفة بما يكمل النصف فيرجع الثلاثين ليصل إليه كل حقه ، إذا وصل إليه بعضه بالبراءة من عشرين وبقي أن يصل إليه الباقي فيرجع به ، وقال الصّاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض . لأنه المهر الذي ينتصف ، إذ أن ما لحقه الإبراء حط من أصل المهر .

وواضح أن هذا كله في المهر المثلّي المعروف بالوصف الذي يثبت في الذمة .

(الصورة الثالثة) إذا تزوجها على مهر معين فقبضته ، أو لم تقبضه ووهبته له . ثم طلقها قبل الدخول ، لا يرجع عليها بشيء عند أبي حنيفة والصّاحبين جريا على الأصل الذي أخذوا به ، وهو أنه قد وصل إليه عين حقه إذ حقه متعلق بشيء بعينه . وهو يستحق نصف المعين بالطلاق قبل الدخول ، وقد وصل إليه النصف بالهبة ، فوصل إليه عين حقه ، من غير نظر إلى سبب الوصول ، وكذلك الحكم إذا وهبت له نصفه .

ولقد اختلفت الرواية عن زفر ، فقبيل : إن رأيته كراى أئمة المذهب الثلاثة (١) ورجح الزيلعي في التبيين أن رأيته أن يرجع عليها بقيمة النصف ، لأن اختلاف السبب يؤدي إلى اختلاف الحق على ما بيناه .

(١) المذكور في البدائع وفي الغاية أن رأيته كراى الأئمة الثلاثة ، ويكون قد طبق الأصل الذي يقول ، إن الحقوق تختلف باختلاف أسبابها على المهر الموصوف الثابت في الذمة الذي لم يقبض ، بل لقد ذكر الكاساني عنه في البدائع أن الدراهم والدنانير إذا عيئت بالتميين تكون كالمهر المعين فلا يرجع بشيء ، فقال : « وقال زفر في الدراهم والدنانير إذا كانت معينة فقبضها ثم وهبها ثم طلقها قبل الدخول أنه لا رجوع للزوج عليها بشيء ، بناء على أن الدراهم والدنانير عنده تمين في العقود ، فتعين في الفسخ أيضا كالقروض » ، وهذا النص يدل على أنه يوافق الأئمة في المهر المعين ويزيد عليهم أن العقود تمين بالتميين في العقود ، ومثل هذا جاء في الغاية ، ولكن انتقده كمال الدين بن المهام ، ولذا جاء في فتح القدير ، وفي الغاية قال زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعيينها - وقد استبعد صحته لما علم من إشرائط اتحاد الجهة إلا أن تكون روایتان « فهو ينتقده لأن شرط عدم الرجوع عدم اتحاد الجهة أى السبب . وهنا لم يتحد السبب .

هذ وقد اتفق الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة على أنه إذا كان المهر مثليا
معرفا بالوصف وقبضته كله ثم وهبته كله أو نصفه أو أقل من ذلك فله أن
يرجع عليها بالنصف كاملا ، لأنه لم يصل إليه بالهبة عين حقه ، فلم يتحقق
الأصل الذى بنى عليه أبو حنيفة والصاحبان سقوط حقه فى المطالبة بالنصف
وزفر سار على أصله .

١٦٣ - المتعة : قلنا إنه يسقط نصف المهر إن كان هناك مهر مسمى
وقت العقد لصريح الآية الكريمة ، ولكن لم نبين الحكم إذا لم يكن وقت
العقد تسمية صحيحة ، إذ أنه فى هذه الحال يكون الواجب هو مهر المثل إن
حصل دخول حقيقى أو حكمى ، وإذا لم يحصل دخول وجبت المتعة . فهى
إذن قائمة مقام نصف المهر ، وذلك لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم إن
طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفضواهن فريضة . ومتعوهن على الموسع
قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف ، حقاً على المحسنين » .

فالمتعة فى هذه الحال التى لا يجب فيها النصف تكون واجبة بنص الآية ،
وذلك رأى جمهور الفقهاء ، وخالف مالك فقال ، إنها تكون مستحبة ولكن
الآية واضحة فى الوجوب ، وخصوصاً أنها مقابلة لنصف المهر المصرح به
بعد هذه الآية فى قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » .

والمتعة بدل عن نصف المهر واجب الأداء فى هذه الحال ، وما يكون
بدلاً للواجب يكون واجباً .

والمتعة الواجبة عند الحنفية كسوة كاملة للمرأة ، ولقيمتها حد أعلى
وحد أدنى ، وحدها الأعلى اللازم الأداء ألا تزيد على نصف مهر المثل
وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها قائمة مقام نصف المهر ، ومهر
من لم يسم لها مهر هو مهر المثل ، فيجب ألا تزيد المتعة على نصفه ، وإن زاد
المطلق من تلقاء نفسه كان متبرعاً ، ويكون آخذاً بقوله تعالى : « ولا تنسوا
الفضل بينكم » والمهر لا يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم . فنصفه
يجب ألا يقل عن خمسة ، فيجب ألا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن خمسة .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى تقرير المتعة ، أتقدر حسب حال

الزوج أم تقدر حسب حال الزوجة ؟ قال أبو يوسف : تقدر حسب حال الزوج لقوله تعالى : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فصرح الآية يجعل تقدير الكسوة على حسب حال الزوج ، ولأنه هو الذى سيكلف هذه الكسوة ، ولا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، فإذا كان معسراً ، وكانت موسرة وكلف أن يكسوها بما يليق بمثلها فقد كلف مالا يطيق ، وذلك ما يزره عنه الشارع الحكيم .

وقال بعضهم إن المعتبر حالها لأن الله سبحانه وتعالى قال فى التعقيب على الآية الكريمة « متاعا بالمعروف » وليس من المعروف أن تعطى الغنية ذات الثراء العظيم كسوة خشنة لا تليق بمثلها ، ولأن المتعة قائمة مقام نصف مهر المثل ، ومهر المثل يقدر بمهر مثلها من أسرتها ، فيعرف من جانبها ، فتكون المتعة مثله تقدر بحالها ، وهؤلاء مع قولهم : إن الواجب ملاحظة حالها يقولون : إن المستحب ملاحظة حاله .

وقال بعضهم : إن المعتبر حالهما معاً ، لأن الله تعالى فى الآية الكريمة قد اعتبر أمرين : (أحدهما) حال الرجل فى يساره وإعساره ، فقال تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ،

(وثانيهما) أن يكون مع ذلك بالمعروف ، فقال تعالى : « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » فبملاحظة هذين الأمرين تجب ملاحظة حالهما •

١٦٤ - والمتعة (١) عند الشافعى واجبة لكل مطلقة مدخول بها ، ولو كان لها مهر مسمى بعد الدخول أو قبله لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف ، حقاً على المتقين » ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب أن يكون

(١) المتعة عند الشافعى فى تقديرها قولان :

(أحدهما) أنها شيء نفيس يعطيه الزوج الزوجة تطيباً لها ، ويكون حسب المعروف اللائق به .

(الثانى) أن المتعة ثلاثون درهماً ، وقال أحمد بن حنبل ، المتعة تقدر بحسب حال الرجل من يسار وإعسار ، وأعلىها رقية وأوسطها كسوة ، وهى دروع أى قميص ، وخمار ، وملحفة وهو المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فقد قال : (أرفع المتعة الخادم ، وأوسط المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة) .

التسريع بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريع بإحسان .
أما الحنفية ، فالمتعة عندهم لها ثلاث أحوال عند الطلاق ، كما ذكر
الزبيلى :

(أولاهها) أن تكون واجبة ، وذلك عند الطلاق قبل الدخول إذا لم
يسم لها مهرأ ، ومر ما ذكرناه أولاً .

(وثانيتهما) أن تكون مستحبة ، وذلك إذا طلقها بعد الدخول ولم يسم
لها مهرأ ، وقد وجب مهر المثل ، لأن ذلك من التسريع بإحسان .

(والثالثة) سنة مؤكدة ، وهى التى تكون إذا طلقها بعد الدخول ، وقد
سمى لها مهرأ ، لأن ذلك من التسريع بإحسان كما قلنا ، وترى أنه قد كان
فرق بين الحال السابقة وهذه فى كون الطلب هنا سنة مؤكدة ، ووجه ذلك
الفرق أن مهر المثل فى الأولى قريب فى معناه من المتعة فكان طلبها مستحباً .

أما الثانية : فالتسمية جعلت المهر بعيداً عن معناها ، فكانت سنة .

١٦٥ - المتعة كما علمت قائمة مقام نصف المسمى وقت العقد ، كلاهما
يكون فى الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى ،
والآن نبين أنواع الفرقة التى توجب نصف المسمى أو المتعة إذا كانت قبل
الدخول الحقيقى والحكمى ، وهى :

(أ) الطلاق بكل أنواعه ، أى سواء أكان على مال أم لم يكن ، وسواء
أكان بايقاع الزوج أم بايقاع القاضى ، إذا ثبت لدى القاضى ما يوجب
التطليق ، كالتفريق للعيوب ، أو للضرر أو عدم الإنفاق ، لأن طلاق القاضى
فى هذه الأحوال يتولاه بالنيابة القانونية عن الزوج ، إذ هو لرفع الظلم وهو
يلجأ إليه عندما يتعين التطليق رافعاً للظلم ، وقد كان الواجب على الزوج أن
يطلق فى هذه الحال ، فلما لم يفعل قام القاضى مقامه ليرفع ظلمه كالمدين
المماطل يبيع القاضى ماله لأداء ديونه نيابة عنه ، ولأن البيع تعين طريقاً لرفع
الظلم ، فالطلاق فى هذه الحال وإن كان بطلبها ، وتولى القاضى إيقاعه يوجب
المتعة ، أو نصف المسمى وقت العقد .

(ب) كل فرقة اعتبرت طلاقاً كاباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته

فانه في هذه الحال يعتبر إياؤه طلاقاً على خلاف في ذلك . فاذا كان قبل الدخول الحقيقي والحكمي أوجب نصف المسمى وقت العقد ، أو المتعة ، ومن ذلك ردة الزوج عند محمد ، فانها تكون طلاقاً عنده ، وتحتسب من عدد الطلقات حتى إنها عنده لو كانت بعد طلقتين ، وكانت الثالثة ، فلا تحل له إذا تاب إلا بعد أن تزوج زوجاً آخر .

(ج) كل فرقة اعتبرت فسخاً ولم تحتسب من عدد الطلقات ، ولكن بمعصية من الزوج ، ولم تكن في سبيل استعمال حق إعطائه الشارع إياه ، وعن ذلك رده على مذهب الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإنها لا تحتسب من الطلقات التي يملكها ، حتى إنه لو تاب وجدد عقد الزواج ملك الحل الأول كاملاً .

ومن ذلك أن يفعل بأصول زوجته أو فروعها ما يوجب حرمتها عليه على التأييد ، فقد علمت فيما مضى أن الدخول يوجب حرمة المصاهرة . كالعقد عند الحنفية ، وقد بينا ذلك عند الكلام في المحرمات .
ففي هذه الأحوال يجب نصف المهر عند التسمية كما تجب المتعة عند التسمية وقت العقد .

سقوط المهر

١٦٦ - قلنا : إن المهر إذا لم يحصل دخول حقيقي أو حكمي هو عرضة للسقوط كله أو نصفه ، وقد بينا الأحوال التي يسقط فيها النصف ، والآن نبين الأحوال التي يسقط فيها كله .

يسقط المهر كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والحكمي فيما يأتي :

(أ) إذا كانت الفرقة من جانب الزوج ، وكانت فسخاً لاستعمال حق شرعي أعطاه الشارع إياه ، وهو الفسخ بخيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة ، فانه في هذه الحال يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقي أو خلوة ، وذلك لأن هذا الفسخ كنقض للعقد من أصله ، وإذا كان النقد للعقد من أصله فانه لا ترتب عليه التزامات ما لم يحصل دخول كما ذكرنا ، وإعتبر ذلك الفسخ

كالتنقض للعقد من أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد ، فإذا حصل الفسخ فقد عاد على أصل العقد بالتقضى ككل فسخ يتصل بالرضا بالعقد لمن يلزم رضاه به .

وإنما لو أوجبنا نصف المهر بخيار البلوغ أو الإفاقة لم يكن لذلك الخيار فائدة بالنسبة للزوج ، إذ له أن يطلق في أى حال ، وإنما ثمرة إعطائه حق الفسخ تكون في ألا يجب عليه شيء من المهر ، إذا لم يكن دخول ، أما بعد الدخول فإن المهر يجب لأجله إذ هو يجب في الدخول في العقد الفاسد فأولى أن يجب في نكاح صحيح .

(ب) وإذا كانت الفرقة فسخاً من جانب المرأة ، وكانت بمعصية منها كردتها وإبائها الإسلام ، إن كانت مشركة وأسلم زوجها ، أو أن يكون منها بأحد أصوله أو فروعه ما يجب حرمتها عليه ، فانه في هذه الحال لا مهر لها مالم يؤكد المهر بدخول أو خلوة ، لأن المعصية لا توجب حقاً ، ولأن الفسخ جاء من جانبها ولم يكن ذلك بسبب منه ، كالطلاق للضرر ونحوه ، وإذا كانت من جانبها فانه لا مهر .

(ج) إذا كانت الفرقة من جانبها وكانت استعمالاً لحق شرعى . وكان ذلك بعد كتنقض للعقد من أصله كاختيارها نفسها بالبلوغ أو الإفاقة أو العتق (١) فانه لا يجب شيء من المهر إذا لم يكن مؤكداً ، لأن هذه الفرقة كتنقض للعقد من أصله فوق أنها جاءت من جانبها بغير سبب من الزوج ، فلا تستحق معها شيئاً من المهر غير المؤكد فيسقط كله .

ومن هذا النوع الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر العقد مع عدمها غير لازم بالنسبة للولى - إذا طلب الولى ذلك ، والفسخ الذى يطلبه الولى ، إذا كان المهر أقل من مهر المثل ، لأن هذا الفسخ كالتنقض للعقد من أصله ، وفوق ذلك هو من جانب المرأة ، فلا يجب معه شيء من المهر غير المؤكد .

(١) خيار العتق أن يكون للزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة ، فزوجها مولاها ، ثم أعتقت ، فالعتق يجعل لها حق الفسخ وهو كخيار البلوغ ، إلا أن الفسخ بخيار لا يحتاج إلى قضاء وتعدل بالجهل به ، بخلاف الفسخ بخيار البلوغ في الأبرين وقد ذكر صاحب البدائع السبب -

والضابط العام لكل فرقة يسقط بها المهر غير المؤكد بدخول أو خلوة
أنها الفرقة التي تكون كالنقض للعقد من أصله من أى جانب كانت ، من جانب
الزوج أو جانب الزوجة ، والفرقة التي تكون من قبل الزوجة من غير سبب
يكون في الزوج .

هذا هو سقوط المهر الذي حكم به الشرع ، وهذه هي الفرق التي تثبت
وقد يسقط المهر باسقاطها إذا أبرأته قبل الدخول ، أو وهبته له ، ففي هذه
الأمال يسقط المهر ، ولكن باسقاطها له ، وهو خالص حقها ، لا يحكم
الشارع بالسقوط .

ملكية المهر وقبضه وزيادته ونقصانه

١٦٧ - ملكية الزوجة للمهر تثبت بعقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا
سواء أكانت هناك تسمية له عند العقد أم لم يكن ثمة تسمية ، لأن العقد سبب
وجوب المهر ، فينشأ الوجوب عقبه بلا تراخ بينهما ، وإذا كانت ثمة تسمية
كانت الملكية للمسمى ، وإن لم تكن تسمية ثبت حق الزوجة في مهر المثل .

وإذا كان العقد الصحيح يوجب المهر ، ويجعله حقاً للزوجة من وقت
إنشائه فإنه لا حاجة في ثبوت الملكية إلى القبض ، ولكن إذا كان المهر مثلياً

في أن الفسخ بخيار العتق والبلوغ يسقط المهر غير المؤكد ، فقال : الفرقة بالخيارين جميعاً تكون
فرقة بغير طلاق ، بل تكون فسخاً حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها ، أما في خيار
العتق فلا شك فيه لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها ، وهو اختيارها نفسها ، وكذلك في خيار
البلوغ إذا كان من له الخيار هو المرأة ، فاختارت نفسها قبل الدخول بها كما قلنا ، وأما إذا كان
من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها أيضاً ، وهذا فيه نوع إشكال .
لأن الفرقة جاءت من قبل الزوج ، فيجب أن تكون فرقة بطلاق ، ويتعلق بها نصف المهر
والانفصال ، إن الشرع أثبت له الخيار ، فلا بد أن يكون مقيداً ، ولو كان ذلك طلاقاً ووجب
عليه المهر لم يكن لإثبات الخيار معنى ، لأنه يملك الطلاق ، فإذا لا فائدة في الخيار إلا سقوط
المهر ، وإن كان قد دخل بها لا يسقط المهر لأن المهر قد تأكد بالدخول ، فلا يحتمل السقوط
بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ، ولأن الدخول استيفاء منافع البضع وأنه أمر حقيق فلا يحتمل
الارتجاع من الأصل بالفسخ ، بخلاف العقد فإنه أمر شرعي فكان محتملاً للرفع بالفسخ ،
ولأنه لما استوفى المتافع فقد استوفى المقود عليه وهو البذل فلا يسقط البذل . اهـ . المراد منه
باختصار .

معرفا بالوصف ، غير معين بالتعيين ، ولم يقبض ، كان ديناً في الذمة واجب الأداء في ميقاته ، وإن كان معيناً فإن الملكية تثبت فيه من غير توسط ذمة .
ولكن ملكية المهر غير متفرقة ثابتة قبل أن يؤكد بأي مؤكد من مؤكدياته كما نوهنا ، بل تقبل السقوط في نصفه أو كله ، والمهر ما لم يقبض يكون ضمان الزوج حتى يسلمه إليها .

١٦٨ - قبض المهر : وإذا كان المهر حقاً للزوجة خالصاً فلها قبضه بمجرد العقد ما لم يكن ثمة شرط لتأجيله أو بعضه ، أو عرف جرى بتقديم بعضه وتأجيل الآخر ، والذي يتولى القبض هو الزوجة نفسها أو وكيلها إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة ، فإن كانت محجوراً عليها حجراً مالياً كأن كانت سفينة أو مجنونة ، فولاية قبض المهر لمن له عليها ولاية مالية ، وإن كان غير وليها العصبي . فإذا كانت الزوجة محجوراً عليها لعته ووليها العاصب (١) عمها ولها وصى من قبل المحكمة المختصة غير عمها . فإن عمها هو الذي يتولى زواجها ولا يقبض المهر ، بل الذي يقبضه هو الوصي المعين من قبل المحكمة . وذلك لأن قبض المهر ، وقد صار مستحقاً لها إنما هو عهد إليه بالحفاظ على أموالها وإدارتها .

أما الرشيدة فقد قلنا : إنها تتولى القبض بنفسها ، أو بمن تأذنه بالقبض إذا صريحاً أو إذا ضمنياً ويكون قبضه بالنيابة عنها ، ومن الإذن دلالة قبض الأب أو الجد الصحيح مهر البكر ، إذا لم تنهما عن القبض .

وذلك لأن البكر تستحي من المطالبة بنفسها كما تستحي من التكلم بالنكاح فجعل سكوتها عند قبض الأب أو الجد رضا بقبضهما ، وإذا لهما بذلك ، لأن الظاهر إذا لم يكن نهى صريح أنها ترضى بذلك القبض إذ هما في الغالب يقبضانه ، ويجهزانه جهازاً يليق بها ، ويضمنان إليه في سبيل ذلك أضعافه ،

(١) الولاية على المال عند الحنفية لا تكون للولي العاصب دائماً ، بل الولاية على المال للأب ثم وصيه . ثم تجد ثم وصيه ، ثم القاضي (محاكم الأحوال الشخصية الآن) فالأب والجد وليان على النفس والمال ، وغيرهما من العصبات ولي على النفس فقط ولا يكون ولياً على المال إلا بوصاية ، والولي المال يدير المال ويحفظه ، والولي العاصب يزوج ، لأن الزواج يعود عليه بالفخر والعار .

وليس كذلك غير الأب والجد من الأولياء فلا يعتبر سكوتها إذناً لهما ،
وإذا نعت أباهما أو جدّها عن القبض لا تبرأ ذمة الزوج بالتسليم إلى واحد منهما
وإذا كانت البالغة الرشيدة ثيباً لا يعتبر السكوت منها عند القبض إذناً ،
أيّاً كان القبض ، لأن السكوت منها لا يعتبر رضا بالعقد فأولى ألا يعتبر
رضاً بالقبض ، فلا تبرأ ذمة زوجها ، إلا بتسليمها أو تسليم من توكيله توكيلاً
لا مجال للريب فيه .

ويلاحظ أن الوكيل بالزواج ليس وكيلاً يقبض المهر ، لأن الوكيل
بالزواج سفير ومعبّر ، فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكام العقد ،
والمهر حكم من أحكامه ، ولأن الولي العاصب مع ماله من ولاية ليس له أن
يقبض ، فغيره ليس له كذلك بالأولى .

١٦٩ - وقد قلنا ، إن المهر يلزم قبضه وقت العقد ، وإذا كان الحق
يثبت فيه من وقته ، بل قد يكون مؤجلاً بشرط أو عرف ، وفي هذه الحال
لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تعجيله بالشرط ، أو ما عرف تعجيله
بالعرف ، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها ، فإن لم يقدم ما وجب
تعجيله ليس له عليها حق الطاعة فإن امتنعت عن الانتقال إلى بيته ، فقد
امتنعت بحق شرعى ، ويستمر ذلك لها إلى أن يسقط حقها في التقديم ، فإن
سقط ذلك الحق بإسقاطها ، فليس لها أن تمتنع من بعده .

ولكن إن لم يقدم لها معجل الصداق ، ثم دخل برضاها أو اختلى بها
كذلك ، فهل لها أن تمتنع بعد ذلك ؟ قال الصاحبان : ليس لها ذلك ، لأنها
برضاها بالدخول أو الخلوة الصحيحة قامت بتنفيذ أحكام العقد من جانبها
من كل الوجوه راضية ، فكان ذلك أمانة إسقاطها حقها في طلب معجل المهر
قبل الدخول ، فيسقط حقها في الامتناع حتى يقدمه ، والساقط لا يعود .

وقال أبو حنيفة : لها ذلك ، وحجته أن أحكام الزواج من جانبها
لا تستوفى دفعة واحدة ، بل هي مستمرة الاستيفاء ، ما دام العقد قائماً ثابت
الأحكام ، فرضاها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر إسقاط
لحقها في منع نفسها في الماضي ولكن لا يعد إسقاطاً لحقها في المستقبل . كمن
ترضى بالعشرة من غير إنفاق زمناً لا يعد ذلك إسقاطاً لحقها في النفقة القابلة

وأيضاً فإن رضاها بالعشرة من غير تقديم المهر قد يكون لرجاء أن يعجل بالدفع ، فإذا ضاع رجاؤها يكون لها الحق في منع نفسها .

١٧٠ - وهناك مسألة هي موضوع خلاف الفقه الحنفى ، وهي ما إذا اشترط في العقد تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم أتجب عليها الطاعة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد : تجب عليها الطاعة ، لأنها بقبولها شرط التأجيل في المهر كله قد رضيت بإسقاط حقها في تعجيل المهر ، أو تعجيل بعضه المعروف تعجيله عرفاً ، وليس ثمة دليل على أن الزوج قد رضى بإسقاط حقه في طلب الطاعة ، وتنفيذ حقوقه التي له بمقتضى العقد .

وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها ، حتى يحين وقت تسليم المهر طال الأمد أو قصر ، وحجته أن حق المرأة في المهر يتقدم على تنفيذ ما الزوج قبلها من حقوق . فلما اشترط تأجيل المهر كله إلى أجل معلوم ، فقد رضى ضمناً بتأجيل حقه في طاعتها إلى ذلك الوقت ، وهي ما قبلت تأجيل المهر كله ، إلا على ذلك الأساس ، والحقوق في الزواج متقابلة ، فحق الطاعة يقابل المهر والنفقة ، فإن اشترط ألا تقبض مهرها إلى وقت معلوم أو أن لا نفقة لها فلا طاعة عليها ، إن لم تكن نفقة ومهر ، وليس الأمر كذلك إذا عجل بعضه ، لأن قبولها المعجل لإسقاط لبعض حقها ، وفيه دليل على أنه لم يرض بتأجيل الطاعة إلى وقت الأداء ، وإلا ما كان ثمة فائدة في التعجيل ، والعرف جار بتقديم بعض المهر ، وتأجيل بعضه .

وإذا حل الأجل ، ولم يسلمها المعجل من المهر المعروف بالعرف فالخلاف بين أئمة المذهب قائم ، وظاهر أن ذلك الخلاف إذا أجل المهر إلى أجل معلوم ، ولم يؤجل إلى أبعد الأجلين : الطلاق ، أو الوفاة ، فإنه في هذه الحال لا حق لها في الامتناع ، لأن التأجيل في هذه الحال لا يتضمن تأجيل الطاعة اتفاقاً ، وإلا كان مناقضاً لمقتضى العقد ، فلا يصح ، ولا سبيل لجعله متلائماً مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة ، وتأجيل المهر .

١٧١ - ولقد قررنا أن الملكية تثبت في المهر المعين في عينه بمجرد العقد ، أما غير المعين فتكون ديناً في الذمة إلى أن يقبض ، وإذا كانت (م ١٤ - الأحوال الشخصية)

الملكية تثبت في عين المعين بمجرد العقد ولو لم يتم قبض ، وقد يسقط المهر أو بعضه ويزيد مع ذلك المهر أو ينقص ، فقد اختص المهر المعين بالتعيين ببعض الأحكام بسبب زيادته أو نقصانه .

و خلاصة هذه الأحكام أنه إذا زاد المهر في يد الزوج ثم تأكد استحقاقها له بالدخول أو الحلوة أو الموت فإن الزيادة تثبت حقاً للزوجة ، ما في ذلك من شك ، وذلك لأن هذه الزيادة نماء ملكها أو ثمرته ، فيتبع الملك ، اللهم إلا إذا كانت الزيادة ليست نماء ولا ثمرة ولا غلة ، كزيادة بناء أو شجرة فلها تكون لمنشئها ، ويكون حكمها حكم ما يبنى أو يغرس أو يزداد زيادة متصلة في غير ملك صاحبه .

وهذا الحكم شامل عام أى سواء أكانت الزيادة قبل القبض أو بعده .
وإذا حصل نقص في العين بعد القبض وتأكد المهر فقد حصل وهو ليس في ضمان أحد سواها ، فيكون ككل نقصان في عين مملوكة لصاحبها وهي في حيازته .

أما إذا حصل النقص قبل القبض ، وقد تأكد المهر ، ولم يعد ثمة احتمال لسقوطه أو سقوط بعضه ، فلذلك أحوال ثلاث :

أولاً - أن يكون النقص بأفة سماوية ، فإن كان يسيراً يغتفر ، لأنه يعتبر كلاً نقص ، وإن كان فاحشاً فإن الزوجة تكون مخيرة بين أن تأخذ العين ناقصة ، أو تأخذ قيمتها كاملة ، لأن المهر هو هذا الشيء المعين وقد تغير بذلك النقص ، فحق لها أن تأخذ قيمته ، لأنه إذا تعذر تسليمه بعينه كاملاً وجبت قيمته ، ولكن إذا رضيت بأخذه ناقصاً أخذته ، لأن إيجاب القيمة للمحافظة على حقها الكامل فإن رضيت بالناقص ، فلها ما ترضى به ، وتأخذ العين ولا يضمن الزوج النقصان لأنه لم يكن منه تعد ، فلا يضمن شيئاً .

ثانياً - أن يكون النقصان بسبب فعل أجنبي ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ من الزوج القيمة ، وبين أن تأخذ العين ، لأنه بالنقصان تغيرت العين ، فجاز لها أن تطلب من الزوج قيمتها ، إذا تعذر تسليم عينها كاملة ، وإن ارتضت أخذها ناقصة فلها حينئذ أن تضمن الأجنبي عوض النقص ، لأنه معتد ، فحق عليه الضمان .

وفي حالة أخذها القيمة يكون للزوج أن يضمن الأجنبي عوض النقصان ، وجاز في هذه الصورة تضمين عوض النقصان ، لأن ثمة اعتداء فعل المعتقدى ضيان ما نقصه ، وفي الصورة الأولى لم يكن ثمة معتد ، فلا ضامن للنقص .

ثالثها - أن يكون النقصان بفعل الزوج فهناك روايتان ، إحداهما ظاهر الرواية ، وتجعل الحكم كحال النقصان بفعل أجنبي فللزوجة أن تأخذ العين ، وتضمنه قيمة النقص ، لأن النقص كان باعتداء من الزوج فصيح أن تضمنه إياه ، والرواية الأخرى أنه يكون كالحال عندما يكون النقص بأفة سبوية ، أى أنها تخير بين أخذ العين ناقصة ، أو أخذ قيمتها كاملة ، من غير تعويض للنقص عندما تختار العين ، ووجهة هذه الرواية أن المهر المعين مضمون في يد الزوج ضيان العين المبيعة في يد البائع قبل التسليم ، وهو لا يضمن تعويض النقصان فكذلك هنا .

ويلاحظ أمران :

أحدهما : أن الحكم المذكور في هاتين الصورتين الأخيرتين هو في حال ما إذا كان النقص فاحشاً ، أما إذا كان يسيراً فلا سبيل لرد العين ، إنما لها فقط أن تأخذها وتضمن النقصان ، لأن النقصان اليسير لم يغير العين تغييراً جوهرياً حتى ينتقل الوجوب من العين إلى القيمة ، إذ يتعذر أداؤها ، ولكن لأنه نقص بسبب اعتداء وجب تعويضه .

ثانيهما : أن القيمة الواجبة الأداء ، إن اختارتها هي - في كل الصور السابقة - القيمة وقت العقد ، لأنه وقت الوجوب .

١٧٢ - هذا هو حكم الزيادة والنقص في المهر إذا حصل قبل القبض أو بعده ، وقد تأكد المهر ، أما الحكم إذا كانت الزيادة في المهر أو النقص فيه ، ولم يؤكد المهر بل سقط بعضه ، أو سقط كله ، فإن لذلك تفصيلاً نذكره ، ولنبدأ بأحكام الزيادة :

(أ) إذا زاد المهر زيادة متصلة ليست متولدة ولا نماء ، ولكنها بفعل شخص كالبناء والغراس فإنها تكون لمن أنشأها ، إذا كان غير المالك ، أو كان المالك . فإن كانت الزوجة فهي لها ، ولو سقط المهر كله أو سقط نصفه ، وكذلك إذا كان الباني هو الزوج فهي له ، سقط المهر أو نصفه أو تأكد كما بينا .

(ب) إذا كانت الزيادة نماء للعين متصلة بها كالسمن أو منفصلة عنها كالتاج ، وحدثت قبل القبض ، فإن كان الطلاق قبل الدخول بها تنصف ، لأنها تابعة للعين وملكيتهما الثابتة بالعقد لم تنقو ، فتكون العين وزيادتها لهما معاً ، ولأن كونها نماء لها أو متولدة منها يجعلها كالجزم منها .

وإن حدث ما يسقط المهر كله وكانت الزيادة حدثت قبل القبض ، فلأنها تكون كلها للزوج تبعاً للمهر ، إذ صار كله بحدوث ما يسقطه ، ولم تكن قد تقوت ملكيتها بالقبض الاختياري .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض والطلاق قبل الدخول وبعد حكم القاضي بتنصيب المهر ، فلأنها تكون أيضاً تابعة للمهر ، تنصف بتنصفه ، لأنها حدثت على ملكهما الذي حكم به القضاء ، وكذلك إذا كان قد حدثت الزيادة بعد وجود المسقط للمهر كله بحكم القاضي ، فلأنها تكون كلها للزوج . لأنها حدثت في ملكه وحده ، لأن ملكيتها قد زالت بوجود المسقط للمهر كله .

وإن حدثت هذه الزيادة بعد قبضها ، وقبل سقوط نصف مهرها بحكم القاضي ، أو سقوط المهر كله ، فإن كانت متصلة فلأنها تكون كلها للمرأة ، ولا تنصف في حال سقوط نصف المهر ، ولا تكون ملكاً للزوج في حال سقوطه كله ، وهذا كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الزيادة حدثت في ملكها الذي تقوى بالقبض الاختياري ، وإن كان قابلاً للسقوط كله أو بعضه ، وإذا كانت الزيادة ملكاً لها ، فإن الزوج يكون له رد نصف القيمة إن كان المسقط قد أسقط النصف فقط ، وإن كان الساقط هو كل المهر ، فإنه يسترد القيمة كلها .

وقال محمد : إن الزيادة تكون تابعة للمهر ، كالحال قبل القبض ، لأن القبض عنده لا يزيد حقها ما دام المهر لم يؤكد ، وهو قابل للسقوط فينتصف كالمهر إن نصف ، وتكون ملكاً للزوج إن سقط المهر كله .

وإن كانت الزيادة متولدة منفصلة كالتاج ، وقبض المهر ثم حصلت الزيادة بين القبض وما يسقط نصف المهر ، فإن الزيادة كلها تكون ملكاً للزوجة خلافاً لزفر ، لأنها ملكت الصداق بالعقد ، وقوى ملكها بالقبض اختياراً ، فما حدث من نماء قبل المسقط فهو ملكها ، وخالص لها ، إذ لا يعد

جزءاً من المهر ، وما قبضته في ضمن ما قبضت ، ولكن هذه الزيادة لها شبه بجزء المهر ، فإنه إن سقط نصف المهر يجب به نصف القيمة ، لا نصف العين ، لما ذكرناه ، ورأى زفر أن الزيادة والعين يرجعان إلى الزوج في هذه الحال الأخيرة ، لأن العقد قد نقض من أصله ، وإذا نقض العقد من أصله ، فسبب ملك المهر قد زال ، وزال ملك من ما كان ثمرة له ، فتعود الزيادة والمهر إلى الزوج ، وهذه رواية عن أبي يوسف رواها عنه ابن سماعه ، والقيمة المعتبرة هي القيمة وقت الزيادة في الصور التي وجبت فيها القيمة ، وقت الزيادة هو الوقت الذي تعذر فيه رد العين .

(ج) وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من العين ، كأجرة الحيوان وغلة الدار ، فإن حدثت في يد الزوج فهي له ، وإن حدثت في يد الزوجة فهي لها ، لأن هذه منافع ، والمنافع لا قيمة لها ، ولا تضمن إلا بالعقد عند الحنفية .

هذه أحكام الزيادة عند تنصيف المهر ، أما أحكام النقصان ، فإن كان يسيراً فلا يلتفت إليه عند النقص بأفة سماوية ، وتقسم العين كما هي من غير نظر وراء ذلك ، لأن النقص اليسير مغتفر بمقتضى أحكام الشريعة العامة المقررة .

وإن كان فاحشاً ، فإن كان قد حدث في يد الزوج بأفة سماوية لها الخيار بين أن تأخذ النصف كما هو من غير تعويض عن النقص ، وبين أن تأخذ نصف القيمة وقت العقد ، لأن نقصان القيمات كنقصان الأوصاف لا يضمن إلا عند التعدى ، ولا تعدى هنا ، ولكن حقها ثابت في الكامل ، وتعذر تنفيذ الكامل ، فلما أن تأخذ مع النقص ، ولما أن تأخذ بدل الكامل ، وهو نصف القيمة وقت العقد ، لأنه وقت استحقاقها المهر .

وإن كان النقصان بفعل الزوج أو بفعل أجنبي ، فإن حقها يكون نصف القائم ، ويكون لها نصف قيمة النقصان تعدى على الأجنبي أو على الزوج في حال تعدى الأجنبي ، وعلى الزوج وخده في الأولى ، وإن حدث بفعل الزوجة فلها نصف القائم فقط .

وإن كان النقصان قد حدث في يد الزوجة ، فإن كان بأفة سماوية أو بفعل

المرأة ، فللزواج الخيار بين أخذ النصف ناقصاً ، أو أخذ نصف قيمة العين كلها ، وتقدر القيمة وقت قبضها ، لأن الضمان كان عليها من ذلك الوقت .
 وإن كان بفعل أجنبي ، فإن كان النقصان قبل الطلاق ، فليس له إلا نصف القيمة ، لأنه بالطلاق حقه تعلق بها ، لعدم إمكان تعلقه بالعين ، وتعتبر القيمة وقت القبض ، وإن كان النقصان بعد الطلاق . فله نصف الباقي من المهر . وله الخيار بين أن يتبع الأجنبي بنصف النقصان وبين أن يتبع الزوجة ، كما لو نقص في يده بفعل أجنبي .

ضمان المهر

١٧٣ - متى وجب المهر المثلث المعروف بالوصف كان ديناً يصح أخذ كفيل به ، ومن المقرر أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل ، لأنها التزام بما ليس بلازم عليه ، ولا مقابل له ابتداءً ، وإن كان الكفيل قد يرجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية ، وله الرجوع مطلقاً عند المالكية ، فإن ثبوت حق الرجوع لا يمنع أن الكفالة تبرع من وجهين :
 (أحدهما) أن الكفالة تقتضي أن يطالب الكفيل بما لم يكن مطالباً به من قبل ، ولإلزام النفس بما ليس بلازم تبرع .

(وثانيهما) أنه إذا أدى الدين عن المكفول عنه ، وثبت له حق الرجوع عليه ، فقد يذهب دينه بالتقوى ، إن أفلس الأصيل ولم يمكنه الأداء .

وإذا كانت الكفالة في ابتدائها تبرعاً ، فهي تبرع للمكفول له ، وهو الدائن ، وهي الزوجة في كفالة المهر ، وللمكفول عنه وهو المدين ، وهو هنا الزوج ، ووجه كونها تبرعاً للمكفول له ، هو أن الأداء كان له ، فالغنى قد آل إليه ، ووجه كونها تبرعاً للمكفول عنه ، أنه سدد ديناً كان واجباً عليه دون سواء .

فالكفالة بالمهر إذن تبرع للزوجة ، وهي المكفول له ، وتبرع للزوج ، وعلى ذلك إذا كان الكفيل صحيحاً غير مريض مرض الموت ، وقت الكفالة ، فهي صحيحة لازمة أياً كان مقدارها ، وأياً كان المكفول له ، والمكفول عنه .

وإن كان الكفيل وقت الكفالة مريضاً مرض الموت فتبرعه يعتبر وصية على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وعلى ذلك يكون مقيداً بالثلث في تركته ، فإن كان المهر أقل من الثلث ، فالضمان سائر على مقتضى ما اتفقا عليه ، وإن كان أكثر من الثلث ، فالضمان لا يكون إلا فيما يساوى الثلث فقط ، لأن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث ، إلا بأجازة الورثة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوج والزوجة من ورثته ، أو لم يكونا ، لأن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المنظم لأحكام الوصية لم يمنع الوصية لوارث ، وجعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبي ، كلاهما لا ينفذ إلا في الثلث . فإذا كان التبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فبمقتضى القانون لا يفرق بين التبرع في مرض الموت لوارث وغيره .

والعمل قبل هذا القانون كان يسير على أساس المذهب الحنفى ، وهو كجمهور فقهاء المسلمين لا يميز الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة ، ولذلك كان يفرق بين ما إذا كانت الزوجة أو الزوج من ورثة الكفيل المريض مرض الموت أو لم يكن كلاهما من ورثته .

فإذا كان أحدهما من ورثته ، كأن يكون أباً الزوج أو أماً الزوجة ، فالكفالة لا تنفذ أياً كان مقدارها إلا بإجازة الورثة ، لأن التبرع في المرض يأخذ حكم الوصية ، والوصية لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة كما علمت . أما إذا كان كلا الزوجين ليس من ورثته ، فإنها تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، إذا كان المهر المكفول به لا يتجاوز ثلث التركة ، فإن تجاوزها فإن الكفالة في الزائد لا تنفذ إلا بإجازة الورثة .

١٧٤ - وإذا ثبتت الكفالة ، وكانت نافذة معتبرة ، كان للزوجة أن تطالب الأصيل أو تطالب الكفيل ، فلها أن تطالب الزوج أو تطالب أباه إذا كان هو الكفيل مثلاً .

وإذا أدى الكفيل عن الزوج كان له أن يرجع على الزوج إذا كانت الكفالة بأمره .

وإذا كان الكفيل هو الأب ، وقد كفّل ابنه الذى هو فى ولايته ،

وأدى عنه فله الرجوع في مال ابنه ، إذا شهد (١) عند الأداء أنه أدى ليرجع . وإن لم يشهد فليس له الرجوع (٢) لأن الإشهاد يقوم مقام الأمر ، وفيه إعلان الرغبة الصريحة في أنه أدى ليرجع في مال الصغير .

والأم كالأب في هذا الحكم ، لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمانه .

والإشهاد المعتبر هو الذى يكون عند الكفالة ، أو عند الأداء ، لأنه عند الكفالة يكون كالأمر بها ، والإشهاد عند الأداء يكون تفسيراً لما أراده بالكفالة وهو أن تكون كالأمر بها .

١٧٥- وإذا كان الابن قاصراً وفقيراً ، وقد زوجه أبوه بماله من ولاية عليه ، فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ، ويعد إقدامه على الزواج ضماناً للمهر إذ الابن فقير لا مال له ، وعهدة العقد المالية تكون على من تولاه ؟

قال فقهاء الحنفية : ليس المهر بواجب على الأب لا بالأصل ، ولا بالكفالة ، أما عدم وجوبه بالأصل فلأن المهر حكم من أحكام الزواج يثبت على الزوج لزوجته ، وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه ، وأما

(١) لا يشترط الإشهاد إذا كان الأب مديناً للابن ، لأن ذلك يعتبر أداء من مال الصغير لا من ماله ، وإذا مات الأب قبل الأداء أخذ المهر من تركته ، وللورثة الرجوع في نصيب الابن المكفول مطلقاً ، إن كان إشهاد أو لم يكن ، وقال زفر وهو راويه عن أبي يوسف : ليس للورثة الرجوع إلا إن كان إشهاد ، لأن الكفالة ذاتها لا تقتضى الرجوع .

هذا إذا كانت الكفالة في الصحة ، أما إن كانت في مرض الموت ، فلا ينفذ إلا بإجازتهم ، وقد قالوا : إنه إذا كانت الكفالة في الصحة والأداء في المرض يرجعون مطلقاً ، لتعلق حقهم بالمال عند الأداء ، وينبى أن يكون فيه اختلاف بين زفر وأئمة المذهب .

(٢) ولقد ذكر ابن عابدين أن القياس كان يوجب جواز الرجوع أشهد أو لم يشهد وذلك لأن إقدامه على الكفالة بمنزلة أمر ابنه الذى هو في ولايته ، فكأنما أمر نفسه بالأداء ، وله ذلك ، ولهذا لو أمر أجنبياً بأن يكفل ولده الذى هو في ولايته كانت كفالة الأجنبي بالأمر ، فيرجع على الأب في مال الصغير ، ولكن الاستحسان اقتضى التفصيل المذكور ، لأن الآباء قد يؤدون المهر عن أبنائهم من غير أن يكون لهم طمع في الرجوع ، وذلك أمر ثابت في العرف .

عدم وجوبه بالكفالة فلعدم وجود ما يدل على أنه كفل المهر أو ضمن أدائه (١) .

١٧٦ - ومذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه أن الأب إذا عقد زواج ابنته الفقيرة يكون هو المطالب بالمهر ، ولو كان الابن الفقير كبيراً وتولى هو بالوكالة عنه ، ولذلك وجه معقول ، إذ أن الزوجة وأولياءها ما ارتضوا ذلك الفقير زوجاً إلا لأجل أبيه ، وتولية العقد بنفسه يقتضي عرفاً أن يكون مستولاً عن بعض تكليفاته المالية ، وتخليه عن أداء المهر لا يخلو من تغرير ، فيكون ملزماً به ، ولأن العرف جرى بأن الآباء يدفعون مهور أولادهم ، وأن الولد يعتبر قادراً على المهر بقدره أبيه ويساره .

وإذا أدى الأب المهر بمقتضى توليه عقد ابنته الفقيرة ، فإنه ليس له الرجوع عليه إذا أيسر ، لأن ذلك يكون بمنزلة ما ينفقه عليه .

ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الذي وجب عليه بمقتضى توليه العقد ، فإنه يؤخذ من تركته ولا يؤخذ من نصيب الولد ، وذلك يفيد أن الالتزام نشأ بمقتضى مباشرة العقد بالأصالة أو ما يشبهها ، لا بالنيابة المجردة عن الابن .

هذا رأى الأئمة الثلاثة في ضمان الأب لمهر ابنته الفقيرة إذا تولى إنشاء العقد ولو كان الابن كبيراً ، وهو يخالف مذهب أبي حنيفة المعمول به .

وإنى أرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة لكان أعدل ، لأن عرف الناس جرى على أن الأب إذا تولى عقد ابنته الفقيرة وهو غني يكون مستولاً عن المهر والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

(١) جاء في بعض كتب الحنفية ما يفيد أن الأب يطالب في هذه الحال بالمهر ، ولذلك جاء في ابن عابدين ما نصه .

« ما في شرح الطحاوي والتتمة أن لما مطالبة أبي الصغير ضمن أو لم يضمن . قال في الفتح » والمذكور أن هذا قول مالك ونحن نخالفه ، وهذا هو المعمول عليه ، وفي مواهب الرحمن « زوج مطلقه الفقيرة لا يلزمه المهر عندنا » وملخص الموضوع أن المذهب الحنفى لا يجعل لأبى ضماناً ، ولكن سرى رأى مالك إلى بعض كتب الفقه الحنفى ، فظن أن فيه رأياً يضمه ، وليس كذلك .

١٧٧ - وإذا تعذر على الزوجة استيفاؤها معجل الصداق لعسره ، فهل لها أن تفسخ الزواج لذلك ؟ مذهب الحنفية أن العقد لا يفسخ لذلك السبب ، ما دام العقد قد تم مع الكفاءة ، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولي .

وقال مالك والشافعي : لها أن تطلب الفسخ إذا لم يحصل دخول لعجزه عن القيام بما عليه من حقوق . ولكنه بالدخول قد تقرر العقد ، وهي برضاها بالدخول مع عدم المهر قد أسقطت حقها في طلب الفسخ .

وقد أجاز أحمد طلب الفسخ ، ولو حصل دخول ، لأن الحق قد أوجبه الإعسار عن أداء الصداق ، ولم يوجد ما يزيل ذلك السبب ، فيستمر الحق مع الدخول ، ولأن قبولها الدخول عساه يكون لرجائها ميسرته ، فلما يئست طالبت بالفسخ .

قضايا المهر

١٧٨ - هذا باب من الأبواب التي تشعبت صورها وأحكامها ، وقبل أن نتصدى لبيانها نذكر قاعدتين عليهما تدور الأحكام :

(القاعدة الأولى) أن الدعوة المستنكرة عرفاً لا تسمع ، لأن من شروط سماع الدعاوى ألا تكون الدعوى مستحيلة أو ينكرها العقل أو العرف .

(القاعدة الثانية) أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فكل من اعتبر مدعياً فعليه البينة ، ومن اعتبر منكراً فعليه اليمين ، إن لم يكن للآخر بينة ، وتبين المدعى ، والمنكر يرجع إلى الظاهر في القضية ، فمن كان الظاهر يشهد له فهو المنكر ، ومن كان الظاهر لا يشهد له فهو المدعى ، فإذا ادعى اثنان ملكية عين ، وأحدهما ذو يد اعتبر ذو اليد منكراً ، والخارج هو المدعى ، لأن اليد دليل ظاهر على الملكية ، فالظاهر يشهد له ، وبذلك نتهى إلى أن البينة تكون على من لا يشهد الظاهر له ، واليمين على من يشهد له الظاهر ، وهذه نتيجة مقررة ثابتة .

وبعد ذلك نذكر الأحكام في قضايا المهر ، فنقول : الاختلاف في المهر إما اختلاف في قبضه ، أو اختلاف في أصل التسمية ، أو اختلاف في مقدار المسمى . أو اختلاف في نوع المقبوض ، ونبين كل واحد منها بالإجمال .

١٧٩ - الاختلاف في القبض : إذا كان اختلاف في القبض بأن يدعى هو أنه سلمها قدرأ من المهر ، وتنكر أنه سلمها شيئاً ، أو يدعى أنه سلمها مقداراً وتدعى أنه سلمها أقل منه ، والحكم في هاتين الصورتين يختلف بالدخول أو عدم الدخول .

فإن كان الاختلاف بينهما قبل الدخول ، فعليه أن يقيم البينة على ما يدعيه كأن يدعى أنه سلمها مائة ، وهي تدعى أنه سلمها خمسين ، فعليه أن يقيم البينة على أنه سلمها الزيادة ، وكذلك عليه أن يقيم البينة ، على أنه سلمها ما يدعى ، إن كانت تنكر أنه سلمها شيئاً ، وفي هاتين الصورتين نرى الظاهر يشهد لها ، فلا تطالب بالبينة ، وكان الظاهر يشهد لها لأن العقد أثبت المهر في ذمته ، فكان الأصل بقاءه ، حتى يقوم الدليل على خلافه .

وإن كان الاختلاف بينهما بعد الدخول فإن كان الاختلاف في أصل القبض ، بأن كان يدعى أنه أوفأها معجل صداقها ، وتنكر أنه سلمها شيئاً فدعواها لا تسمع على المفتى به عند ابن عابدين (١) وذلك لأنه جرت العادة بتقديم بعض المهر فدعواها حينئذ تكون مستنكرة عرفاً ، فلا تسمع ، وفي ذلك نظن ، ونحن نميل إلى ضرورة سماع الدعوى والإثبات .

وأما إن كان الاختلاف في مقدار المقبوض بأن كان يدعى قدرأ ، وتدعى أنه أقل منه ، فعليه البينة ، وإلا فالقول قولها بيمينها ، وذلك لأنه قد ثبت حقها في المهر بمقتضى عقد الزواج ، فالظاهر يشهد لها ، وعليه أن يقيم البينة على مقدار ما سدد ، وهو يدعى زيادة فعليه أن يثبتها (٢) .

(١) هذا رأى الفقيه أبي الليث ، ورجحه ابن عابدين كما ذكرت ، وغالف أبا الليث قاضيخان ، فقد ذكر عنه ابن عابدين أنه قرر أن في هذا الكلام نظراً ، لأن المهر ثابت بمقتضى العقد ، والعرف لا يمكن أن يكون حجة لإبطال أمر ثابت لا محال للشك في ثبوته وفي منع سماع الدعوى لجريان العرف لإبطال لذلك الأمر الثابت ، ولأن أقصى ما يدل عليه العرف في هذا المقام أن يجعل الظاهر يشهد للزوج ، ويكون الظاهر يشهد له يصلح لدفع المطالبة عنه مع يمينه ، إن لم تكن بينة ، ولا يصلح لإبطال حقها بعدم سماع الدعوى من كل الوجوه وعدم توجيه اليمين وذلك هو النظر السليم .

(٢) ظاهر ما نقله ابن عابدين عن الفقيه أبي الليث أن الزوج إذا ادعى تقديم المعجل كله وادعت تسليم بعضه أنه لا تسمع دعواها إذا كان ما تدعيه أقل مما جرى العرف بتقديمه ، =

هذا ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في أصل القبض ، أو قدر المقبوض بين الزوجين أنفسهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما إذا ماتا ، فالحكم في كل الأحوال واحد .

١٨٠ - الاختلاف في أصل التسمية : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية ، فادعى أحدهما أن العقد قد اقترنت به تسمية صحيحة ، وادعى الآخر أن العقد قد تم خالياً من التسمية ، فالبينة على مدى التسمية ، فإن أقامها ثبت مدعاه ، لأنه المدعى والآخر هو المنكر ، وإن لم تكن بينة وجهت اليمين إلى الآخر ، وقضى عليه بالمسمى إن نكل عن اليمين ، لأن النكول عن اليمين حجة للمدعى على المدعى عليه ، وإن حلف قضى بمهر المثل ، لأن المدعى عجز عن الإثبات ولا سبيل للقضاء بما ادعى ، فيتعذر وجوب مهر مسمى ، ولأن اليمين حجة كافية لاعتبار العقد خالياً من التسمية ، وعند خلو العقد من التسمية يكون مهر المثل هو الواجب .

وإن كان الاختلاف في حال الطلاق قبل الدخول الحقيقي والحكمي ، فالحكم كذلك بالنسبة للإثبات ، أو على مدى التسمية لإقامة البينة ، فإن عجز حلف المنكر لها ، فإن نكل ثبتت الدعوى ، وإن حلف لا يثبت المسمى ، وفي حال ثبوت التسمية يجب نصف المسمى وفي حال العجز عن ثبوتها تجب المتعة .

وهذا كله إذا كان الاختلاف في حياة الزوجين ، أو كان بعد موت أحدهما ، ويلاحظ أنه في حال الحكم بمهر يشترط ألا يزيد على ما تدعيه ، إن كانت هي مدعية التسمية لرضاها بذلك القدر ، ولا ينقص عما يدعيه إن كان مدعى التسمية هو الزوج ، كما أنه إذا حكم بالمتعة لا تزيد على نصف ما تدعيه ، إن كانت هي المدعية ، ولا تنقص عن نصف ما يدعيه إن كان هو المدعى ، قياساً على مهر المثل .

== لأن ابن عابدين يقول : قال الفقيه أبو الليث إذا كان الزوج قد بنى بها ، فإنه يمتنع منها ما جرت العادة بتعجيله ، ويكون القول قول المواة فيما زاد على المجلل إلى تمام مهرها ، ونحن على هذا إذا قررنا أن البينة على الزوج فيما يدعيه من أنه دفع المجلل كله ، وقررنا أن القول قولها عند إنكارها قدراً من المجلل لا كله وقد سرنا هنا على مقتضى ما قاله قاضيخان ، وهو ما ترجمه في الحالتين .

وإن كان الاختلاف بعد موت الزوجين فقد قال أبو يوسف ومحمد :
إن الحكم لا يختلف عن الاختلاف في حياتهما أو بعد موت أحدهما ، أى
يحكم بالمسمى إن ثبت ، وبمهر المثل لا ينقص عما يدعيه ورثته ، ولا يزيد
على ما يدعيه ورثتها ، إن لم يثبت المسمى .

ويختلف الحكم عند أبي حنيفة في حال العجز عن الإثبات ، أى أنه
يقضى بالمسمى إن أمكن إثباته ، ولا يقضى بشيء إن لم يمكن ، لأن مهر
المثل يقدر بمهر أقرانها من عشيرتها ، وموتها يدل على انقراض أقرانها
ظاهراً وتقادم العهد ، فلا سبيل إلى تقديره ، ولأننا لو أجزنا دعوى الورثة
بعد موتها في مهر المثل لأجزنا دعوى ورثة الورثة .. وهكذا يتسلسل
الأمر (١) .

وحجة صاحبين أن النكاح ما دام ثابتاً ، ولو بالتسامع ، فقد وجب
مهر المثل ، وإذا وجب فهو دين في الذمة ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ،
فما لم يثبت الإبراء ولا الأداء ، فهو باق في ذمته تحمله تركته ، ولا يوجد
ما يسقطه ولا ما يمنع سماع الدعوى لمضى المدة ، فإن وجد بشروطه كان
ذلك هو المانع ، لا مجرد موت الزوجين .

١٨١ - ويلاحظ أن الفتوى على قول أبي حنيفة ، وليس في قوانين
الحاكم الشرعية ما يجعل غيره معمولاً به دون نص ، لأن الأخذ برأى أبي
يوسف المنصوص عليه في القانون إنما هو في حال الاختلاف في مقدار المهر
لا في أصل التسمية كما جاء بالمادة ٢٨ من اللائحة القديمة ، وكما جاء في القانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة التاسعة عشرة وهي :

« إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت

(١) يرى أنه جاء على لسان أبي حنيفة في الاحتجاج لرايه : « أرايت لو ادعى ورثة
أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه وورثته عمر رضي الله عنه أكنت تمنع ! » .

وترى من هذا التقرير أن أبا حنيفة يبنى رأيه على التقادم واتخذ موتها قرينة ظاهرة
على موت أقرانها ، وتقادم العهد على الزواج ، فهل يجب مهر المثل إذا كان موتها في شرخ
الشباب والعهد بالزواج قريب ؟ يظهر أن الحكم كذلك . ولذلك جاء في شرح التبيين : « قيل
ذا لم يتقادم العهد يقضى بمهر المثل عنده أيضاً » .

كان القول للزوج يمينه إلا إذا ادعى مالا يصلح أن يكون مهرأ مثلها عرفاً فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

وترى من هذا النص أنه جعل موضوع القضية الاختلاف في مقدار المهر لا في أصل التسمية ، وجعل البيئة على الزوجة دائماً ، مع أن أبا يوسف الذي صرحنا المذكرة الإيضاحية بأن هذا رأيه يجعل البيئة عند الاختلاف في أصل التسمية على المدعى للزيادة في التسمية سواء أكان الزوج أم الزوجة ثم كان المعمول به عند الاختلاف في أصل التسمية هو رأى أبي حنيفة ، لأنه الراجح دائماً في مذهب أبي حنيفة ما لم ينص على خلافه ، ولم يكن ذلك النص .

١٨٢- الاختلاف في مقدار المسمى : إذا كان الخلاف بين الزوجين في مقدار المسمى ، واتفقا على أصل التسمية بأن ادعت هي مهرأ وادعى هو أقل منه ، ففي هذه الحال تكون هي المدعية ، وهو المنكر عند أبي يوسف ، لأنها تدعى الزيادة ، وهو ينكرها ، فيكون الظاهر شاهداً له ، فعليها إثبات ما تدعيه فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إذا كان ما يدعيه غير مستنكر عرفاً ، كأن تكون هي من عشيرة مهر مثلها مائة ، فيدعى هو أن المسمى خمسة ففي هذه الحال يحكم مهر المثل فيحكم به إن كان دون ما تدعيه ، ويحكم بما تدعيه إن كان أقل من مهر المثل ، لأن الظاهر في هذه الحال يكون شاهداً لها ولا يسمع قول الزوج لأنه مستنكر عرفاً .

هذا إذا كان الاختلاف عند استحقاقها المهر كله فإن كان الاختلاف عند استحقاقها النصف كان عليها الإثبات أيضاً ، فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إلا إذا كان ما يذكره يستنكره العرف .

وقد يكون في هذه الحال الأخيرة مدعى الزيادة هو الزوج كأن يكون قد سلمها المهر كله أو بعضه ، ويدعى في هذه الحالة أن المهر مائتان ليسترد منها قدر أكبر ، وتدعى هي أن المهر قليل ليكون ما يسترد قليلاً ، ففي هذه الحال يكون عبء الإثبات على الزوج لأنه مدعى الزيادة والزوجة منكراً ، فإن أقام البيئة ثبت مدعاه ، وإلا كان القول قولها يمينها إلا إذا ادعت ما يستنكر عرفاً فيحكم حينئذ مهر المثل ، بحيث لا يزيد على ما يدعيه .

هذا هو مذهب أبي يوسف ، وهو لا يختلف باختلاف الحياة والوفاة إذا كان التداعي بين ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر وهو المعمول به الآن في محاكم الأحوال الشخصية بمقتضى لائحة سنة ١٩١٠ ، وقد حل محلها في هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة السادسة منه (١) .

١٨٣ - هذا مذهب أبي يوسف . ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنه إذا اختلف الزوجان في مقدار التسمية يعتبر كلاهما مدعياً حقيقة ، لا في الظاهر فقط ، كما قرر أبو يوسف ، فأيهما أقام بينة ثبت مدعاه . فإن أقاما بينتين فالبينة الراجحة هي البينة التي لا يشهد لها مهر المثل ، فإن كان مهر المثل يشهد للزوج ، إن كان أقل مما يدعى أو يساويه ، فبينة الزوجة هي الراجحة ، لأنه يعتبر في هذه الحال منكراً ، لأن المنكر هو الذي يشهد له الظاهر ، إذ بينته لا تأتي بمجديد . وإن كان الظاهر يشهد للزوجة بأن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه أو يساويه ، فبينة الزوج هي الراجحة ، والقول قولها يمينها ، إن لم تكن له بينة .

وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما ، بأن كان أقل مما تدعيه وأكثر مما يدعيه كأن تدعى مائة ، ويدعى هو خمسين ، ومهر المثل ثمانون ، تهاترت البينتان ويعتبر العقد خالياً من التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن بينة كل واحد منهما تنفي تسمية الآخر ، وإن لم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول من يشهد له الظاهر ، وهو مهر المثل كما بينا ، وإن كان لا يشهد لواحد منهما ، بأن

(١) نصت المادة (٢٨٠) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ على أنه يؤخذ بمذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر ، وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص « على أنه إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن هجرت كان القول للزوج بيمينه إلى آخر المادة التاسعة عشرة . وجاء في المذكرة الإيضاحية التي اقترنت بصدر ذلك القانون أنه رُئي أن يوضع مذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر بنصه الفقهي اكتفاءً بذلك عن استثنائه » ولكن بالموازنة بين المقرر في الفقه بياناً لمذهب أبي يوسف ونص قانون سنة ١٩٢٩ في ذلك تجد أن المقرر في الفقه أوسع شمولاً ، لأن المقرر في الفقه أن البينة تكون على مدعى الزيادة ، بينما القانون يقول أن البينة على الزوجة وليست الزوجة هي مدعية الزيادة دائماً ، لأنها إذا كانت قبضت المهر كله أو ثلثه . ثم حدث ما أوجب تنصيفه قد يكون هو مدعياً للزيادة ، ولذلك تقرر أن عبارة المادة التاسعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تهمة ، ويفهم المراد كله بنصوص الفقه .

كان أقل مما تدعى ، وأكثر مما يدعى فإنهما في هذه الحال يتحالفان ، ويجب مهر المثل إن حلف كلاهما ، لعدم تعيين إحدى التسميتين ، للقضاء ، والقاضي يبدأ بأيهما شاء ، فإن نكل لزمته دعوى الآخر ، وحكم بها وإن حلف الآخر ، فإن حلف قضى بمهر المثل وإن نكل قضى بدعوى الآخر .

هذا تخريج أبي بكر الرازى للمذهب أبى حنيفة ومحمد ، والكروخى يرى أن التحالف يكون إذا لم يكن لواحد منهما بيعة مطلقاً ، وإذا حلف كلاهما وجب مهر المثل بحيث لا يقل عما يدعيه ، ولا يزيد على ما تدعيه .
ولكن الراجح هو التخريج الأول .

هذا إذا كان الاختلاف عند وجوب المهر كله ، وإن كان عند وجوب النصف ، فالحكم ما ذكرناه . ولكن تحكم المتعة لا مهر المثل .

هذه أحكام اختلافهما في حال الحياة ، وكذلك إذا مات أحدهما ، أما إذا كانا قد ماتا ، والاختلاف بين ورثتهما . فقد قال أبو حنيفة : لا يجب مهر المثل ، ولا يحكم به لأنه لا يمكن معرفته ، بل إذا كان لأحدهما بيعة ثبت مدعاه ، وإن كان لكليهما بيعة تهاوت البيعتان . وأما محمد فقد استمر على مقتضى رأيه كما لو كان على قيد الحياة .

١٨٣ - الاختلاف في وصف المقبوض : إذا أعطى الزوج زوجته شيئاً ، ثم اختلفا ، فقالت : إنه هدية . وقال إنه مهر ، فإن أثبت أحدهما ما يدعيه قضى به فإن أقامت هى البيعة على أنه صدر عنه وقت العطاء ما يدل على أنه هدية أو أقام البيعة على أنه وقت التقديم صرح بأن القصد المهر - حكم بمقتضاها وإن أقاما بينتين كانت بينهما الراجعة ، لأنها تثبت المهر في ذمته ، وهو ينكره فكانت مدعية ، وهو ينكر .

وإذا لم يكن لأحدهما بيعة ، فإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون هدية كالطعام والياب . فالقول قولها بيمينها ، وإن كان العرف يشهد بأن هذا يكون مهرأ كالنقود فالقول قوله بيمينه ، وإن كان العرف مشتركاً بأن يسوغ أن يكون مهرأ وهدية ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأنه المملك فهو الأدرى بجهة التملك والقول قوله في الاختيار نحن أنفسه ، والظاهر أنه يسعى أولاً في إسقاط ما في ذمته مما هو واجب عليه أولاً ، ولأنه يعد منكراً بإذعانه إسقاط ما عليه من واجب .

وإذا قضى القاضى بأن ما أخذ كان على سبيل الهدية لم يحتسب من المهر ،
وإلا فإنه يحتسب .

وإذا حكم بأنه مهر ، وكانت قد وهبت له شيئاً على اعتبار أن ما قدم هو
هدية ، أو فهمت أنه هدية ، كان لها استرداد ما وهبت ، وإن أثبتت أنها
صرحت حين وهبت أنه عوض هديته ، ويظهر أنه لو كان العرف يجعل
هديتها في نظير هدية ، يكون كالصريح ، لأن المعروف كالمشروط ، وما
وهبته إلا على جهة التعويض ، وقد تبين أنه لم يهب فلها استرداد ما أعطته ،
ولقد صرح كمال الدين بن الهمام (١) وغيره بأن ذلك الاسترداد إذا
كان أبوها هو الذى وهب ، ولو كان الاختلاف والزوجية قائمة ، أن
الزوجية في هذا الحال لا تعتبر مانعاً من موانع الرجوع .

١٨٥ - ومما يلحق بهذه المسائل مسألتان :

. (إحدهما) إذا اختلف الزوج مع زوجته ، أو الخاطب مع مخطوبته .
كأن اختلفا في المدفوعات : أهو مهر ، أم أنه ودیعه ؟ بأن ادعت هي أنه مهر
وادعى هو أنه ودیعه أو العكس ، ففي هذه الحال يكون القول قول مدعى المهر
إذا كان المال المختلف فيه من جنس المهر ، ويكون القول قول مدعى
الودیعة ، إذا كان المال المختلف فيه ليس من جنس المهر ، لأن الظاهر أن
المهر كله يكون من جنس واحد فكان اتحاد الجنس يجعل الظاهر يشهد لمدعى
المهر وكان اختلافه يجعل الظاهر يشهد لمن يدعى الودیعة .

(١) هذا نص ما قاله الكمال في فتح القدير : « لو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ، ثم قال :
هو من المهر ، فللاب أن يرجع في هبته ، إن كان من مال نفسه ، وكان قائماً ، وإن كان هالكاً
لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها ، ليس له الرجوع ، لأنه هبة منها ، وهي لا ترجع
فيم أوهبت لزوجها ، وفي فتاوى أهل سمرقند : بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ، ثم زفت إليه
ثم فارقتها وقال : بعثتها إليك عارية ، وأراد أن يستردها وأرادت هي أن تسترده ، فalcول
قوله ، لأنه أنكر التملك ، وإذا استردته تسترده ما دفعت .. وخلصه هذا أن هدية المرأة
إذا كانت تمويضاً لمدينة الزوج ، ثم ادعى أن ما دفع عارية أو مهر ، فلها الرجوع فبما دفعت ،
والظاهر أن قيام الزوجية لا يمنع من ذلك ، لأن التبرع كان على أساس هديته ، وقد ظهر بطلانه ،
فحق لمن تبرع على اعتباره الرجوع .

(م ١٥ الأحوال الشخصية)

- ٢٢٦ -

ومن يكون القول قوله لا يقبل إلا يمينه .
 وظاهر أن أيهما يقيم البينة تسمع ، وإن أقاما بينتين : فالتى تسمع بيته
 هو من لا يشهد له الظاهر ، وقد تبين سبب ذلك .
 (ثانيهما) مسألة مهر السر ومهر العلق ، بأن يتفق الزوجان على مهر
 فى السر ويعلنا غيره . وفى هذه المسألة اختلف فقهاء المذهب الحنفى ،
 واختلفت الروايات عنهم .
 وأظهر الروايات أنه إذا تزوج على قليل فى السر ، كثير فى العلق - أن
 رأى أبى حنيفة ومحمد وجوب مهر العلق ، لأنه زيادة فى المهر بعد وجوبه ،
 ولأن العبرة بالظاهر ، ولا يلتفت إلى ما سواه ، ولأنه إن عرف السر اعتبر
 العلق زيادة لازمة . لأنها صادرة عن عاقل لا دليل يناقضها ما دامت المرأة
 تطالب بها . أما عند أبى يوسف ، فالواجب هو الأول ، لأن الثانية جاءت
 لغواً ، ولأن هذا مقصد العاقلين ، وروى أن محمداً مع أبى يوسف ، وروى
 أن رأى أبى حنيفة اعتبار السر ، وأن أبى يوسف يعتبر العلق .
 وقد استظهر كمال الدين بن الهمام اعتبار المهر مهر العلق ، ورجح
 دليله ورواياته (١) .

متاع البيت

١٨٦ - قبل أن نبين أحكام الجهاز فى المذهب الحنفى المعمول به نرى
 من الحق علينا أن نذكر من يجب عليه إعداد البيت من الزوجين .
 فى الفقه الإسلامى رأبان متعارضان :

(أحدهما) رأى الحنفية ، وهو أن إعداد البيت على الزوج : لأن النفقة
 بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه ، وإعداد البيت من المسكن ،
 فكان بمقتضى هذا الإعداد على الزوج ، إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه ،
 والمهر ليس عوض الجهاز ، لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن ، فهو ملك خالص
 لها وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج ، وليس ثمة من مصادر

(١) راجع فتح القدير الجزء الثانى ص ٤٤٥ .

الشريعة ما يجعل المتاع حقاً على المرأة ، ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل .

(وثانيهما) وهو رأى المالكية ، أن الجهاز حق على المرأة في دائرة ما قبضته من مهرها ، وما تجرى به العادة بين أمثالها ، فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر فليس عليها جهاز ، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً ، أو كان قد شرط ذلك عليها ، وذلك لأن العرف جرى في كل العصور والأمصار على أن المرأة هي التي تعد البيت ، ولا سبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت ، إذ الحقوق متقابلة ، إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر ، أو اشترط ذلك ، فالشرط يلزم المتعاقدين ، كما هو مقرر .

وخلاصة هذا المذهب كما رأيت ، أنه يجب الجهاز عليها ، وألا يزداد على مقدار المقبوض ، إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة ، أو كان شرط .

١٨٧ - ورأى الحنفية كما رأيت ، أن الجهاز ليس بواجب على المرأة ، وإن قامت به فهي متبرعة ، وذلك هو المعمول به في مصر .

ولكن إن قدم لها مالا فوق المهر في نظير إعداد جهاز ، أو إعداد جهاز على شكل خاص ، فهل تكون ملزمة بذلك ؟

لقد قرر ابن عابدين أنه إن كان ذكر المال منفصلاً عن المهر ، واشترط ذلك أو جرى العرف على ذلك ، فإنها في هذه الحال تكون ملزمة به ، أو رد المال ، إلا إذا سكبت عن المطالبة ، وذلك لأنه إن كان المال مقابلاً بالجهاز بالشرط أو العرف فهو هبة بعوض مشروط بالشرط أو بالعرف ، والهبة بعوض مشروط إن لم يتحقق الشرط له الرجوع فيها ، وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط ، فإن لم تنفذ استرد ما أعطى في سبيل ذلك .

وإذا لم يجعل المال منفصلاً عن المهر ، بل زيد في المهر بقصد الزيادة في الجهاز أو نظير الجهاز ، فقد جرى الخلاف في هذه الحال ، فرأى يرى أنه لا يجوز له أن يلزمها بجهاز ، أو جهاز معين ، لأن المهر قل أو جل ليس في نظير جهاز ، بل خالص حقها إن سمى ، ولو كان كثيراً كثيرة فاحشة كقوله تعالى : « وآتيتهم إحداهن قطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً » .

ورأى يرى أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز ، فيجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين أو لم يكن جهاز ، ويكون هذا كحال ما إذا سمي الزوج مهراً و شرط منفعة له . فإن تخلقت المنفعة وجب مهر المثل . ولا يزيد على المسمى .

وقد قالوا . إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس أنها بكر فتبين أنها ثيب . فقد جرى هذا الكلام في ثبوت الزيادة .

١٨٨ - وإذا جهزت المرأة نفسها . وذلك هو المعتاد مهما يكن اختلاف الأئمة فالجهاز ملكها باتفاق الفقهاء أجمعين ، سواء اشترته بنفسها أو اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها . أو ولاية عليها .

وإذا كان لأبيها نيابة عنها فاشترى جهازها من مهرها أو مالها ، فهو ملك لها بمجرد الشراء ، لأن أحكام العقد الذي يتولاه شخص بالنيابة تكون لصاحب الشأن بمجرد صدور العقد من غير تراخ .

وإذا اشترى الأب الجهاز أو بعضه بماله على أن يكون ملكاً لابنته ، فإن ذلك يكون تملكاً لها بطرق الهبة (١) . وتجري عليه أحكام الهبة من حيث التسليم . ومن حيث تقيدها بالثلث إذا كان مريضاً مرض الموت ، وقد قالوا بالنسبة للتسليم : إن مجرد شراء الأب من ماله لابنته وتسليمه هو يغني عن القبض . إذ كانت في ولايته المالية ، لأن يده لها صفة النيابة عنها في قبض الهبات . بمقتضى ماله عليها من ولاية شرعية . فبمجرد تبرعه لها تم الهبة من غير حاجة إلى قبض جديد .

أما الكبيرة فلا يدخل الجهاز في ملكها إذا اشتراه من ماله ، إلا إذا قبضته ، لأن وكالته في الشراء فقط ، أو قبول الهبة والقبض عنها فليست له ولاية فيها .

وبالنسبة للشراء من ماله لها إن كان مريضاً مرض الموت . فإنه يكون مقيداً بالثلث لأن التبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية

(١) من الصور التي يعتبر الجهاز فيها تملكاً من الأب أو الأم إذا أعطت الأم ابنتها شيئاً من المتاع يملكه الأب بحضرة وسكت إلى أن زفت فإنه يعتبر ملكاً لوجود الإذن دلالة ، كذلك إذا اشترت الأم الجهاز من مال الأب بعلمه وسكت ، فإنه يكون ملكها .

لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن كان الجهاز يتجاوز ثلث تركته ، فلا ينفذ التبرع في الزيادة إلا بإجازة الورثة .

والعبرة بوقت الشراء إن كانت البنت في ولايته ، فإن كان وقت الشراء مريضاً ، وتسلم بمقتضى الشراء ، كان التبرع وهو مريض مرض الموت . إن كان وقت الشراء صحيحاً فهو تبرع في الصحة . ولو مرض من بعد ، وإن كانت البنت كبيرة . وقد اشترى لها وهو صحيح ثم سلمها . وهو مريض فالعبرة بوقت التسليم ، لأن التبرع لا يتم إلا بالتسليم ، فإذا سلم وهو مريض يعتبر قد تبرع في مرض الموت فيأخذ حكم الوصية .

هذا هو المعمول به بمقتضى قانون الوصية القائم ، فقد جعل الوصية لوارث كالوصية لأجنبي ، فيكون التبرع في مرض المورث لوارث كالنبرع في مرض الموت لأجنبي على سواء .

أما المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به من قبل . فإنه يجعل الوصية لوارث بالقليل أو الكثير لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، فيكون التبرع في مرض الموت لوارث لا ينفذ أيضاً إلا بإجازة الورثة . أما الوصية لأجنبي فهي لا تقيد إلا بالثلث ، والتبرع في مرض الموت يكون كذلك مقيداً بالثلث .

١٨٩ - الاختلاف في متاع البيت : الاختلاف في متاع البيت . إما أن يكون بين الأب وابنته أو ورثتهما . وإما أن يكون بين الزوجين أو ورثتهما .

وقد قالوا في تصوير الخلاف بين الأب وابنته : إنه إذا اشترى الأب الجهاز من ماله ، ولم يصرح عند الشراء أو التسليم أنه هبة لها أو عارية فإنهما قد مختلفان في ملكيته من بعد ، فتقول هي أو ورثتها أنه هبة ، ويقول هو أو ورثته أنها عارية ، والحكم في هذه الحال أن القول من يشهد له الظاهر بيمينه ، فإذا كان يشهد للأب أو ورثته فالقول له بيمينه ، وإن كان يشهد للبنت أو ورثتها (١) فالقول لها بيمينها ، وإن كان العرف مشتركاً بأن كان

(١) نقل صاحب النهر عن قاضيخان أنه قال : « ينبغي أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله ، وإن كان من لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله » .

المختلف عليه أشياء . العرف يجز فيها أن تكون عارية . وأن تكون هبة ، فقد اختلفت في ذلك الفتوى ، فالسرخسي يرى أن القول قوله . لأن ذلك يتصل بإرادته . والقول قوله في الإخبار عن نفسه . وقال آخرون : القول قول البنت لأن العرف جرى أن يكون هبة في الغالب . ولأنها واضعة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهراً ، فكان الظاهر يشهد لها .

هذا ويجب أن يلاحظ أن أيهما يقيم بينة تقبل . وإن أقاما بيئتين ، فالبينة التي تسمع هي التي لا يشهد لها الظاهر ، ثم إن هذا هو الحكم ، سواء أكان الاختلاف بين الأب والبنت أم كان بين ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر :

١٩٠ - وإن كان الاختلاف في المتاع بين الزوجين (١) تدعى هي أنه ملكها ، ويدعى هو أنه ملكه . وكان الاختلاف في حياتهما . فما لا يصلح إلا للرجال . كالكتب ونحوها ، فالقول فيه قول الزوج بيمينه . وما لا يصلح إلا للنساء ، كأدوات الزينة والخياطة ، فالقول فيه قول الزوجة بيمينها ، لأن الظاهر شاهد لها .

وما يصلح لهما جميعاً كالسجاجيد . فقد اختلفت فيه أئمة المذهب الحنفي فقد قال زفر : إنه بينهما نصفان . إن لم يكن بينة لأحدهما ، لأنه ما دامت الزوجية قائمة فيدهما معاً ثابتة على كل ما في البيت ، واليد دليل الملكية ظاهراً . فتثبت الملكية لهما . ما لم يوجد مرجح لدعوى أحدهما من بينة مثبتة . أو ظاهر آخر .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة إلى جهاز مثلها ، لأن المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يلقى بمثلها ، فكان الظاهر شاهداً لها بذلك القدر ، ويكون القول قولها فيه ، والظاهر يشهد للرجل في الباقي ، لأن يده عليه ، فالقول قوله فيه .

(١) قال الشافعي : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فهو بينهما ، سواء في ذلك ما يصلح لهما وغيره ، وذلك لأن كليهما واضع اليد على ما في البيت ، فهو ملك لهما ، إلا إذا قام الدليل على خلافه ، وهو رأى لزفر ، وقال ابن أبي ليلى : القول قول الزوج في الكل إلا في ثيابها ، لأن واضع اليد هو الزوج ، أما ثيابها فالظاهر يشهد لها ، وقال الحنفى القول قول المرأة في الكل إلا في ثياب الرجل ووجهه أن يد المرأة على ما في البيت أظهر فالقول قولها .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إن القول قول الزوج في كل ما يصلح لهما . لأن المسكن مسكنه ، فكل ما يحويه هو تحت يده وسلطانه . ويده فيه متصرفه أما يد المرأة فحافضة . واليد المتصرفه هي يد المالك ، فكانت دليل الملكية ظاهرا ، أما اليد الحافضة ، فكيد الوديع لا تدل على الملك ، وإذا كان الأمر كذلك فالظاهر يشهد للزوج ، ويكون القول قوله فيما يصلح لهما ، بخلاف مالا يصلح إلا لهما ، لأن ثمة شاهدا على الملكية أقوى .

هذا رأى الأئمة إذا لم تكن بينة ، وإذا كان واحد منهما له بينة فإنه يحكم له في أى حال من الأحوال . وإن أقاما بينتين ترجح بينة من لا يشهد له الظاهر .

هذا إذا كان الاختلاف في حياتهما . أما إذا كان بين ورثتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم كذلك عند أبي يوسف ، وكذلك عند محمد أما أبو حنيفة فقرر أن الحكم كما ذكر إذا كان الخلاف بين ورثتهما أو ورثة الزوجة مع الزوج ، أما إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة ، فقرر أن الظاهر يكون شاهداً للمرأة . لأنها واضعة اليد .

٢ - النفقة

١٩١ - يحصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص على غيره في ثلاثة : هي الزوجية ، والقربة ، والملكية ، فنفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى الزوجية ، ونفقة القريب تجب على قريبه بسبب الرحم المحرمة الواصلة بينهما ، ونفقة العبد تجب على سيده بسبب الملكية ، ولكل واحدة من هذه النفقات باب قائم بذاته ، ونطرح من بحثنا نفقة الملكية ، وسنتكلم على نفقة الأقارب عند الكلام في أحكام الأولاد وحقوقهم .

والآن نتكلم في نفقة الزوجية ، وهي واجبة للزوجة على زوجها ، باعتبار ذلك حكماً من أحكام عقد الزواج الصحيح ، وحقاً من حقوقه الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى العقد ، ولذلك تجب ولو كانت الزوجة غنية ، وسواء أكانت مسلمة أم كانت غير مسلمة ، لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح وهو متحقق في الزوجات جميعاً .

وقد ثبت وجوب النفقة بالكتاب ، والسنة ، والقياس ، والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »
والمراد بهن الزوجات ، وقوله تعالى في حق المطلقات : « لينفق ذو سعة
من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً
إلا ما آتاه » .

وقوله تعالى : في حق المطلقات أيضاً : « وأسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم » وإذا كان ذلك حق المطلقات في أثناء العدة ، فحق
الزوجات أوجب .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع : (اتقوا الله في
النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن
بكلمة الله ، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحداً تكرهونه ، ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن بالمعروف) .

وروى أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما حق المرأة
على زوجها ؟ فقال ﷺ : « يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ، ولا
يهجرها في البيت ، ولا يضربها ، ولا يقبح » وفي البخارى ومسلم أن هند
بنت عتبة زوج أبى سفيان قالت : يا رسول الله ، إن أباً سفيان رجل شحيح
لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بى ، إلا ما آخذ من ماله بغير علم ،
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك
ويكفى بريك » .

وأما القياس فإنه من القواعد المقررة في الفقه أن من حبس لحق غيره
فنفقته واجبة عليه ، فالفقير ، والوالى ، والقاضى ، وغير هؤلاء من العاملين
في الدولة نفقاتهم تجب في بيت المال ، لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب
الرزق لمنفعة الدولة ، فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهلهم بالمعروف ،
ولقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شؤونه ، فحق لها
النفقة جزاء الاحتباس .

ولقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبي ﷺ إلى الآن لم
يخالف في ذلك أحد .

١٩٢ - والسبب في وجوب نفقة الزوجية هو العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له (١) . والعقد الفاسد لا يوجب نفقة قط . حتى أنه لو قدم الرجل للمرأة نفقة . ثم تبين أن العقد فاسد . كما لو أنفق على امرأة عقد عليها . ثم تبين أنها أخته رضاعاً مثلاً - رجع عليها بما أنفق إن كان قد أعطاهما ما تنفق منه بفرض القضاء . أما إن لم يكن بفرض القضاء فلا يرجع ، ووجه هذه التفرقة أنه إن أعطاهما بفرض القضاء . فقد أعطاهما مالا على أنه جزء للاحتباس في عقد صحيح . وقد تبين فساد العقد . ولا يحتمل أن يكون متبرعاً . لأن القضاء ألزمه . أما إن أنفق من غير حكم القضاء فاحتمال التبرع ثابت . ولا يكون ثمة تقدير للنفقة مفروض . فيكون الإنفاق على سبيل الإباحة فلا رجوع .

١٩٣ - والنفقة في العقد الصحيح جزاء الاحتباس أو الاستعداد له كما قررنا ، فإذا لم يتحقق الاحتباس ولا الاستعداد له فلا نفقة . وإذا تحقق الاستعداد مع إمكان استيفاء أحكام الزواج من الزوجة في الجملة وجبت

(١) ظاهر هذا الكلام وهو متفق عليه بين الفقهاء أن النفقة لا تستحق للمرأة إلا إذا توافر سببها . وهو الزواج ، وشرطها ، وهو الاحتباس أو الاستعداد له ، وهو الطاعة ، فإذا رفعت الأمر للقاضي تطلب بالنفقة ، فلا بد أن تثبت السبب والشرط ، فإذا حدث نزاع في أحدهما بإنكاره له فلا بد أن تثبت . فإذا أنكر الزوجية ، فلا بد أن تثبت ، ويجب أيضاً أن تثبت الطاعة إذا أنكرها ، فإذا قال إنها ناشزة ، عليها أن تثبت أنها تعيش معه ، أو أنها خارجة عن بيته بسبب شرعي ، ولكن على أكثر القضاة الشرعيين من قبل ، وأكثر الوطنيين الآن (تابعون لما سته القضاء الشرعي) ، على أنها لا تثبت إلا الزواج إن أنكره ، فإن دفع بالنشوز لا يسمع دفعه إلا إذا كان قد حكم له بالطاعة ، ولم تنفذ الحكم ، وهذا المنهاج لا يتفق مع الفقه ، ومع المصلحة ، أما عدم اتفاده مع الفقه ، فلأن شرط الاستحقاق للنفقة هو الطاعة ، فالطاعة جزء من دعواها لا بد أن تثبت أن خروجها من المنزل بحق شرعي ، ويكون حينئذ الدفع بالنشوز واجب النظر في دعوى النفقة . لأنه لو صدق لهدم أصل وجوب النفقة ، فهو بلا شك جوهرى في دعوى النفقة ، ولأن حق الطاعة لا يثبت بحكم القضاء بل يثبت بحكم الشرع شرطاً لوجوب النفقة فإذا حكم من غير توافر الشرط فالحكم لا يقره الفقه ولا المنطق . وأما أن مسلك القضاء لا مصلحة فيه لأنه أدى إلى فصل حكم النفقة عن حكم الطاعة ، فإذا حكم على شخص بالنفقة ذهب واستصدر حكماً بالطاعة ، ولسكن يثبت نشوزها يحاول تنفيذ الحكم بقوة الشرطة متبعاً لمساق المنازل ، حتى إذا تبين أنها لا تنفذه بقوة الشرطة تقدم بالمحاضر المثبتة ليسقط المفروض ، وقد انتقد الناس بحق تلك الطريقة ، وهى بلا شك لا تتفق مع الحياة الزوجية ، ولكن الميب ليس في الشرع ، إنما الميب في مخالفة الشرع والمنطق .

النفقة ، سواء انتقلت إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ، ولم تمنع في الانتقال ، لأن الزوج إذا ترك حقه في نقلها فعلاً إلى بيته لا يضيع حقه في النفقة ، وهذا هو الأصح في المذهب (١) .

١٩٤ - والاحتباس الموجب للنفقة هو الاحتباس الذي يمتنع معه استيفاء أحكام الزواج ، حتى يمكن أن يكون الاحتباس لمنفعة الزوج ، ولقد تكلم الفقهاء في هذا المقام في مسألتين :

إحداها : مسألة الزوجة المريضة : وقد اتفقوا على أنها إذا مرضت قبل الزفاف ولا يمكنها الانتقال إلى بيته فلا نفقة لها ، لأن الاحتباس غير ممكن ، ولا يتأتى الاستعداد له ، إذ المرض يمنعها (٢) .

وإذا كان يمكنها الانتقال فالنفقة لها واجبة ، إلا إذا طلبها وامتنعت ، لأن إمكانها الانتقال واستعدادها له كاف لوجوب النفقة ، وأحكام الزواج يمكن استيفاؤها في الجملة ، ثم المرض عارض قابل للزوال ، وحق العشرة يوجب احتمالها ولأن ما تكون أحكامه الدوام لا تسقط فيه الحقوق بالأمور العارضة التي لا يد للإنسان فيها ، ولا قبل له بدفعها ، وعلى ذلك تكون المريضة في هذه الحال كالسليمة على سواء (٣) .

(١) هذا ما جاء في ظاهر الرواية ، وقد اختار صاحب الهداية عدم وجوب النفقة قبل أن تزف إليه ، واختاره بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبي يوسف ، والظاهر أن عدم وجوب النفقة على ذلك الرأي إنما يكون إذا لم تطالبه بالانتقال ، ولم يعد المسكن الشرعي تجب النفقة اتفاقاً ، وإنما الخلاف فيها إذا طالبت به نفقة عن مدة لا قبل الزفاف ، ولم يوجد ما يدل على المنع من أحدهما فظاهر الرواية يوجبها ، والرأي الثاني لا يوجبها .

(٢) هكذا حكى الاتفاق على حكم هذه الحالة الكاساني في البدائع ، وابن نجيم في البحر ، ولكن قال ابن الهمام في فتح القدير : إنه يخرج على قول من يشترط لوجوب النفقة الانتقال إلى بيت الزوجية وإن ظاهر الرواية غيره .

(٣) وروى عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل الانتقال ، فإن نقلت وهي مريضة ، فله أن يردّها ، وإن أبقاها فلها النفقة ، ووجه هذه الرواية أن الاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يمكن استيفاء أحكام الزواج منه . فإن كانت مريضة مرضاً لا يمكن معه استيفاء أحكام العقد منه فلا نفقة . وإن أبقاها فقد رضى بهذا الاحتباس الناقص . فتجب لها النفقة . ولأنه قد رضى به فلا ينقص ما تم برضاه .

هذا كله إذا كان مرضها قبل أن تزف إليه ، أما إذا زفت سليمة ثم مرضت فلها النفقة ما دامت في بيت الزوجية ، ولو كان مرضها مزمناً ، وذلك لأن الاحتباس قد تم كاملاً ، والمرض عارض ، وهو كيفما كان قابل للزوال ، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمر العارضة ، ولأن حسن العشرة يوجب أن يحتل كل واحد منهما صاحبه في مرضه وسقمه (١) .

(ثانيتهما) مسألة نفقة الزوجة إذا كانت صغيرة وهي ثلاثة أقسام :

(أولها) صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الائتناس ، وهذه لا نفقة لها بالإجماع في المذهب الحنفي (٢) ، لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصور في هذه الصغيرة .

(ثانيها) صغيرة يمكن الدخول بها . وهذه حكمها حكم الكبيرة ، لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها .

(ثالثها) صغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة أو المؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها ، وقد قال الأكثرون : لا نفقة لها ، لأن المقصود من العقد لا يمكن استيفاؤه منها ، وقال أبو يوسف : إن نقلها تجب لها النفقة ، لإمكان الانتفاع في الخدمة والاستئناس .

وإذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل وحده ، كأن يكون صغيراً أو عتيقاً أو مريضاً فإن النفقة تكون واجبة عليه ، لأنها قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها ، فحق عليه أن ينفق عليها .

= وأحكام المجنونة هي أحكام المريضة ، لأن الجنون مرض . وما دام قد أبقاها على عصمتها يكون لها كل حقوق الزوجية مع ملاحظة أنها تعطى أحكام المريضة . وقد جاء في البحر ، وإن أغنى عليها إغماء كثيراً فهو بمنزلة المرض » .

(١) ولقد جاء في فتح القدير : « أن شمس الأئمة الحلواني قال : إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع منه تسقط النفقة » ولكن الأول الأغلب بما ذكرنا ، وهو وجوب النفقة لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها السامية .

(٢) خالف الشافعي في ذلك لأنه يحمل النفقة تابعة للعقد . وما دام العقد قد وجب فالنفقة واجبة صغيرة كانت أو كبيرة ، إلا إذا حصل نشور .

١٩٥- وإذا امتنعت عن الانتقال بحق لها (١) ، فإن النفقة تكون واجبة ، كأن تمتنع لأن المسكن الذى أعده تسكن فيه ضررها ، إذ المسكن حينئذ لا يكون مسكناً شرعياً . فإن من حقها أن تسكن فى مسكن خال من الضرر . لأن وجودها معها إيذاء لها .

وكأن يكون المسكن مغصوباً ، فإنها إن انتقلت إليه تشاركه فى الإثم ، ومن حقها أن تجانب الإثم ، ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق .

وكأن تمتنع لأن المسكن غير لائق بمثله . أو غير مستوف للمرافق الشرعية وهكذا ... فى هذه المسائل وأشباهاها يكون فوات الاحتباس . باستعمال حق شرعى لها ، فيكون بسبب من جانبه . فيعتبر الاحتباس موجوداً حكماً . لأنها مستعدة فى دائرة ما يلزمها به من أحكام عقد الزواج .

ولقد تكلم الفقهاء فى هذا المقام فى مسألتين :

(إحداهما) إذا امتنعت عن الاحتباس لعدم تقديم معجل الصداق . فقد قالوا : إن ذلك إن كان قبل الدخول بها فلها النفقة . لأن الامتناع لحق لها . ولم يوجد ما يدل على إسقاطه لا نصاً ولا دلالة .

وإن كان بعد الدخول فقد اختلف أبو حنيفة وصاحباها . كما ذكرنا من قبل ، فقال أبو حنيفة . لها الامتناع ، لأنها لم تسقط حقها فى المستقبل . وإسقاط حقها فى الامتناع فى الماضى لا يدل على إسقاطه فى المستقبل . وقال صاحبان : ليس لها الامتناع . لأنها برضاها بالدخول مختارة ، قد أسقطت حقها فى الامتناع لأجل المعجل . والساقط لا يعود . وقد شرحنا هذه المسألة فى قبض المهر .

(الثانية) إذا أراد أن ينقلها إلى غير بلدها ، فامتنعت عن السفر ، فهل يعد ذلك امتناعاً لحق لها ؟ وبعبارة أخرى هل من حق الزوجة أن تمتنع عن السفر مع زوجها ؟ المتقدمون من الفقهاء على أن للزوج أن يسافر بزوجه ، وليس لها الامتناع عن السفر معه ، وذلك لقوله تعالى : « أسكنوهن

(١) ومن الامتناع بحق إذا كان بلدها بعيداً عن بلده . ولم يذهب لأخذها بنفسه أو بأحد محارمها ، فإن النفقة تجب لها ، لأن الشرع يوجب ألا تسافر إلا مع زوجها أو مع ذى رحم محرم منها .

من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن « وأساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل (١) .

ولكن جاء المتأخرون من الفقهاء السابقين ، فأفتى بعضهم بأنه لا يجوز السفر بها ، لأنه يضارها ويضيق عليها بالسفر ، فوقع السفر تحت النهي الذي ذيلت به الآية السابقة « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » وخرجوا كلام المتقدمين على صلاح الناس في زمانهم . وعدم قصدهم المضرة بالسفر .

والقول الفصل في هذا المقام ، وهو يتفق فيه دليل المتقدمين والمتأخرين أنه إن كان السفر ليس للضرر : كالسفر لأن عمله ليس في بلدها . وهو مأمون عليها ، فله السفر بها ، وإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعي ، فله إجبارها بحكم القضاء بالطاعة ، وليس لها النفقة في مدة الامتناع ، وإن كان السفر مضارة كأن كان له قصر في المصر ، وعمل فيه ، وأراد أن ينقلها إلى قريته أو مزرعته أو كان غير مأمون عليها ، ففي هذه الحال لها الامتناع ، ولا يسقط حقها في النفقة بامتناعها . وهذا ما عليه العمل ، وقد صرحت به المادة ٨٥ من المشروع الذي أعده المكتب الفني لرياسة الجمهورية ، ونصها . « يجوز للزوج أن يسافر بزوجه ما لم يكن غير مأمون عليها أو كان ذلك بقصد الإضرار بها » .

١٩٦ - وإذا فوتت المرأة على الرجل حق الاحتباس الشرعي بغير حق فلانفقة لها ، وتعد ناشزة (٢) ، ومن النشوز ما يأتي :
(أ) إذا امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعي ،

(١) هذا هو المذكور في ظاهر الرواية ، ورأى المتأخرون عكسه ، وقد قال أبو القاسم الصغار في ترجيح رأى المتأخرين . « هذا كان في زمانهم أما في زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها ، وإن أوفى صداقها ، لأنه في زمانهم كان الغالب في حالهم الصلاح ، أما في زماننا فقد فسد الناس ، والمرأة متى كانت بين عشرينها فالزوج لا يمكنه أن يظلمها ، ومتى نقلها إلى بلدة أخرى ظلمها ، ولا يمكن أن تستغث عليه بأحد » .

ولقد قال بعض المتأخرين : إن أوفأها المهر كله معجلاً ومؤجلاً ، وكان مأموناً عليها له أن يسافر بها ، ولقد قال الزيلعي في القول : « قال صاحب المنتقى ، وأفتى أنا بأنه يتمكن من نقلها ، إذا أوفأها المعجل والمؤجل وكان مأموناً عليها ، ولا يمكن إذا أوفأها المعجل دون المؤجل ، لأنها لا ترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد النوبة » .

(٢) ومن النشوز جمعوها الزوجية حتى إذا أقام الدليل بين يدي القضاء فإن النفقة عن

وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعد المسكن إعداداً كاملاً يليق به ، وكذلك إذا خرجت من منزلها بغير إذنه ، واستمرت ناشرة مدة طالت أو قصرت ، فإنه لا نفقة لها في هذه المدة ، وإذا عادت إلى طاعة زوجها ، واستقرت في مسكنه ، عادت النفقة في المدة التالية .

(ب) إذا كانا يقيمان في بيتها بإذنها ، ثم منعه من الدخول ، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن يعدة ، وترك له فرصة للبحث ، لأن منعها له من غير ذلك الطلب والإهمال خروج عن طاعته ، فتكون ناشرة أيضاً . أما إذا منعه بعد أن سألته الانتقال ، وأمهلته مدة كافية للبحث ، فإنه لا يعد امتناعاً عن الاحتباس فتكون لها النفقة ، وإن عد امتناعاً فهو امتناع بحق ، فلا يسقط النفقة إذ حقها في أن يعد لها مسكناً ، لا أن تعد له المسكن .

(ج) المحبوسة : يظهر من عبارات الكتب في المذهب الحنفي أنها لا نفقة لها بالاتفاق إذا كان الحبس قبل الزفاف ، لفوات الاحتباس الشرعي ، وعدم إمكانه ، أما إذا كان الحبس بعد الزفاف ، فإن كان في قدرتها التخلص منه ، كأن يكون لديها ما تستطيع أداءه ، فلا نفقة لها أيضاً بالاتفاق ، لأن فوات الاحتباس جاء بأمر من قبلها ، وليست معذورة فيه ، بل فيه اختيار ، أما إذا كان الحبس بعد النقلة ، ولا يمكن تلافيه في هذه الحال اختلفت الروايات . فظاهر الرواية أنه لا نفقة لها . لأن الاحتباس قد فات بسبب من قبلها ، وأصبح غير ممكن ، وروى عن أبي يوسف أن النفقة تجب لها ، لأنها معذورة في ذلك ، ولا قبل لها بدفعه .

ومثل المحبوسة في الحكم المغصوبة ، ولذلك جاء في البدائع : « ولو فرض القاضي لها ، ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهراً أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها التسليم لا لمعنى من قبل الزوج ، وروى عن أبي يوسف أن النفقة لأن الفوات ما جاء من قبلها باختيارها » .

= المدة السابقة على الحكم لا تثبت ، لأن الجحود نشوز ، وقد قال في البحر تعليقاً على ذلك : « ولقائل أن يقول وينبغي أن تجب ، لأنها صارت مكذبة شرعاً ، وكذا الزوج إذا أنكر . وإلا فلا يخفى ما فيه من الإصرار وفتح باب الفساد خصوصاً عند اضطرارها للنفقة ، ونرى أنه لا ضرر ، بل هو تأديب لها ، وهو الحق لأنها لم تكن في الطاعة » .

(د) المحرقة : فإذا كانت المرأة من المحرفات اللاتي لا يقرن في البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها القرار في البيت فلم تجب طلبه ، وذلك لأن الاحتباس في هذه الحال ناقص فله طلبه كاملا ، فإن امتنعت فهي ناشزة ، أما إذا رضى بهذه الحال ، فقد رضى بالاحتباس الناقص فتجب النفقة (١) .

وذلك التفصيل في ذاته معقول ، لأن الاحتباس الذي يجب بسببه النفقة هو الاحتباس الذي يمنعها من كسب المال بنفسها ، والمحرفات لا يتحققن منهن ذلك ، وإن رضى الزوج بذلك الاحتباس الناقص فهو مأخوذ برضاه في مدة الرضا .

(١) في الزوجة المحرقة خلاف بالنسبة لنفقتها ، واعتبارها ناشزة ، فلي الدرر المجتبى أنه لا نفقة لها وقد جاء في الدور . « ولو سلمت نفسها في الليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم » . وقال في النهرويه نظر ، وأوجبها ، لأنها معذورة ، ورجح ابن عابدين عدم وجوب النفقة إن نهاها عن حرقتها ، فامتنعت ، وينقل ذلك عن صاحب البحر ويقول « عن البحر أن له منها عن الغزل ، وعن كل عمل ولو قابلة .. وأنت خير بأنه إذا كان له منها من ذلك ، فإن عصته وخرجت بلا إذنه ، كانت ناشزة ، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة » ، ويلاحظ أن رضاه بأحترافها وقتاً ما لا يمنع عدم رضاه في غيره .

جاء في فتح القدير ما نصه : « وفي مجموع النوازل فإن كانت قابلة أو غسالة (أى تفسل الموق) أو لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، وعلاوا هذا بأن خروج القابلة والمغسلة إنما هو لفرض الكفاية ، والخروج للفروض الكفائية خروج بحق شرعي ، وقد خالف ذلك صاحب البحر ، وقال إنها لا تخرج إلا بإذنه وتسقط نفقتها إذا خرجت بمحرقة بغير إذنه . لأن حق الإقامة في المنزل فرض عيني والخروج للتفصيل أو القابلة فرض كفائي ، والفرض العيني مقدم على فرض الكفائي .

والذي نستطيع أن نستخلصه من مجموع النقول أنها إن خرجت للفروض الكفائية كالتدريس للبنات ونحو ذلك لا تحتاج إلى الإذن ، أما إن خرجت لفرض الفروض الكفائية فإنها تحتاج إلى إذن منه .

النفقة فظاهر كتب الفقه أنها لا تجب إلا إذا كان توليها الحرفة بغير إذنه ، وفرق بين الخروج والنفقة فإن النفقة جزاء الاحتباس ، وهو لا يتحقق ولو كان الخروج لفرض ، أما كون الخروج معصية أو طاعة فأمر آخر ، وقد لوحظ أن بعض أزواج المحرفات يحاولون أن يمنعوهم بالقوة من الخروج ، وذلك ليس بحق إذا كانت الحرفة من الفروض الكفائية لأن امتناعها معصية ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وإذا كان لها الخروج فلها أن تخرج من غير تبرج وقد قال في ذلك صاحب فتح القدير . « وحيث أجبنا لها الخروج فلإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلا ما لا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة . قال تعالى : « ولا تبرجن زينتهن » (فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٦) .

(هـ) المسافرة للحج إذا حجت من غير مصاحبة ذى رحم محرم منها ، ومن غير مصاحبة زوجها ، فإنه لا نفقة لها قولاً واحداً ، لأنها تكون عاصية إذ ليس للمرأة أن تسافر من غير مصاحبة ذى رحم محرم أو زوج ، ولا يبرر السفر كونه لأداء فريضة الحج ، لأنه فرض حيث الاستطاعة ، ولا استطاعة لها إلا إذا وجد ذو رحم محرم يصاحبها أو زوج .

وإن سافرت للحج مع زوجها فلها اتفاقاً ، لوجود الاحتباس ، ولكن النفقة الواجبة هي نفقة الحضر لا نفقة السفر ، إذ السفر لمنفعتها ، وعلى الزوج ما هو نظير الاحتباس ، وهو نفقة الإقامة .

وإن سافرت للحج من غير مصاحبة للزوج ، ولكنها مع ذى رحم محرم منها وكان ذلك قبل زفافها فلا نفقة لها قولاً واحداً أيضاً ، لقوات الاحتباس وعدم إمكانه وعدم الاستعداد له ، أما إذا كان ذلك بعد أن زفت إليه فقد اختلف في ذلك محمد مع أبي يوسف ، فمحمد يرى أنه لا نفقة لها لقوات الاحتباس وأبو يوسف يرى وجوب النفقة ، لأن الاحتباس قد فات بعد أن سلمت نفسها وهو بعذر شرعى ، وهو أداء الفريضة ، ولا عصيان في سفرها ، لأنها سافرت مع ذى رحم محرم منها ، والواجب هو نفقة الحضر لا نفقة السفر كما قررنا .

وظاهر عبارات الكتب أن ذلك الخلاف إنما هو في سفرها لفريضة الحج ، أما إذا كان السفر لغير فريضة الحج بأن أدت الفريضة من قبل ، فلا نفقة لها بالاتفاق ، لأنها ليست معذورة في السفر .

١٩٧ - تقدير النفقة : وجوب النفقة قسمان : وجوب تمكين ، ووجوب تمليك ، فوجوب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة ، فيقدم لها الطعام الذى تحتاج إليه ، والكسوة التى تليق به . ويعد المسكن الذى تسكنه . والأصل في الوجوب هو هذا التمكين ، فإن لم يكن انتقل الوجوب إلى التمليك ، وهو أن يقدر مقداراً من المال ، يكفى لطعامها وكسوتها وسكنها ، وتعطى ذلك المقدار كل شهر أو كل أسبوع على حسب اتفاقهما ، أو على حسب العرف الذى يسير عليه حكم القضاء بها ، وتقدر النفقة في هذه الحال على حسب الأحوال غلاء ورخصاً ، وتختلف باختلاف الأماكن والأقاليم

وإذا قدر مقدار بفرض القضاء أو بتراضيهما ، ثم حالت الأحوال فثنين أنه أقل من كفايتها ، فلها طلب الزيادة ، كما أن له أن يطلب نقص المفروض إذا تغيرت الأحوال عن وقت الفرض ، وصار أكثر من الواجب عليه .

١٩٨ - أساس التقدير : ولكن ألاحظ عند التقدير حال الزوج أم حالها ؟ في مذهب أبي حنيفة رأيان مصححان (أحدهما) أنه يعتبر حالها ، ومقتضى هذا الرأي أنهما إن اتفقا في اليسار كان الواجب نفقة اليسار ، وإن اتفقا في الإعسار كان الواجب نفقة الإعسار ، وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، كانت النفقة الواجبة بين اليسار والإعسار ، ولكن إن كان المعسر هو الزوج يقدم ما يستطيعه ، والباقي يكون ديناً عليه تستدينه ممن تجب عليه نفقتها ، لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة (١) .

وحجة هذا الرأي قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدتك بالمعروف » وليس من المعروف أن تجب لها نفقة الإعسار ، وهي موسرة ، كما أن العكس ليس من المعروف ولكن لعجز الزوج في حال إعساره لا يقدم عاجلاً إلا ما يستطيعه « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

(وثانيهما) أن النفقة تقدر على حسب حاله يساراً وإعساراً ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ثم إن حسن العشرة يوجب على الزوج أن يرفع خسيصة زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة ألا ترهق زوجها من أمره عسراً ، فلا تطالبه إلا بما يقدر .

وقد كان العمل على الرأي الأول ، لأنه الراجح عند المتأخرين ، ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أوجب العمل بالرأي الثاني ، فقد جاء في

(١) هذا الرأي هو رأى الخصاص ، وقال فيه صاحب الهداية . إنه الفقه ، وعليه المتون ، وأصحاب الفتاوى ، والرأي الثاني هو رأى الكرغنى ، وهو ظاهر الرواية ، وبه قال جمع من المشايخ ، ونص عليه محمد ، وهناك رأى ثالث ضعيف ، وهو أنه يعتبر حالها ، وقد نقله صاحب الخانية وقال : « إنه ضعيف » .

المادة السادسة عشرة « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة . ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية : بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فذهب الشافعي ورأى صحيح في مذهب أبي حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسراً » « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه ، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بالمذهب الشافعي ، والرأي الآخر من مذهب أبي حنيفة في تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، ولذا وضعت المادة ١٦ » .

١٩٩ - وتقدر النفقة كل يوم أو كل شهر أو كل سنة ، حسب أحوال الزوج والأيسر له أداء ، فإذا كان من أصحاب المراتب فرضت عليه كل شهر ، وعلى العمال كل يوم أو كل أسبوع ، وعلى الزراع في أوقات الحصاد وهكذا ، إلا إذا شكت الزوجة المطل إذا طالت المدة ، فإنه يفرض لها في مدة لا تخشى فيها مطلاً .

والجاري عليه العمل الآن في المحاكم المصرية أنه تفرض النفقة كل شهر ليسر الشهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لا تطول بحيث تخشى الزوجة المطل ، ويفرض القاضي النفقة كلها ، مقدرة بمقدار كل شهر ، وتكون بدل طعامها وكسوتها وأجرة مسكنها ، إن لم يكن قد أعد مسكناً ، وإن كان قد أعد لها مسكناً ودعاها إلى الطاعة فيه ، فرض لها القاضي بدل الطعام والكسوة ، كل شهر ، وأحياناً يفرض بدل الطعام كل شهر ، ويجعل بدل الكسوة وهو ما قدره للطعام شهرياً أو أكثر منه أو أقل ، على أن يدفع كل ستة أشهر .

وقد تقدر نفقة الطعام أصنافاً بأن تعطى من القمح كذا ، كذا ، لكن لا يعمل بهذا في مصر .

٢٠٠ - إذا أعد الرجل المسكن الشرعى لا يفرض القاضي لها أجرة

مسكن ، كما ذكرنا ، والمسكن الشرعى يجب أن يكون خالياً من الضرة ، لأن وجود الضرة فى ذاته إيذاء لها ، كما جرت بذلك العادة ، ودل الاستقراء .

وكذلك يجب أن يكون خالياً من أهله إذا تضررت من وجودهم (١) ويكون المسكن على حسب ما يليق بالرجل فإن كان مثله لا يسكن إلا فى قصر فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها ، وإن كان مثله لا يسكن إلا فى جناح من منزل لا يسكنها إلا فيه ، وإن كان مثله يسكن فى حجرة ، يكون المسكن الشرعى لها حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ، ويكون له مرافق شرعية .

وإذا كان المسكن المستقل الذى يليق بحال الزوج بجواره مسكن فيه ضرته أو أحد أقاربه أبعد مسكناً شرعياً ؟ الظاهر من عبارات الفقهاء والمتون أنه يعتبر مسكناً شرعياً ما دام هو الذى يليق بحاله ، لأنها قد أمنت على متاعها ، ولا شريك لها فى مسكنها إلا إذا آذوها بجوار ، فيكون الامتناع لا لنقصان المسكن وعدم كفايته ، بل لأنها بين جيران غير صالحين ، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى غيره أياً كان هؤلاء الجيران ، وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة فى منزل ، وذلك مسكن من هو فى مثل حاله ، وفى الشقة الأخرى ضرته أو بعض أهله ، يعتبر المسكن شرعياً ، لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته ، وعبرة المتون تجعل الغرفة التى لها غلق مسكناً شرعياً ، ولو كان بجوارها غرفة ضرته أو حاتها ، فأولى أن تكون الشقة كذلك ، إلا إذا آذوها بالقول أو بالفعل إيذاء بيناً قام الدليل عليه (٢) .

(١) جاء فى الهداية ما نصه : « إذا وجب المسكن حقاً لها ، فليس له أن يشرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمتنع ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك ، لأنها رضيت بالنقصان حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تسكن مع أهله إذا تضررت ، ولا تسأل دليلاً من الضرر أو مقداره .

ولقد استثنى المشرع الذى وضع سنة ١٩٥٦ من سكنى أهلها معها حال الأبوين العاضين أو الابن الصغير إذا لم يكن قادراً على إسكانهم خارج سكنه . فإن السكن يعد شرعياً مع وجودهم ولا تضرر ، وهذا نص المادة ١٨٤ « ليس للزوج أن يسكن أحداً من أقاربه مع زوجته إذا تضررت من ذلك مع استثناء ولده الصغير غير المميز وأبويه الفقيرين إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً . ويجب أن يضاف إلى النص : أو احتاجا إلى رعايته الخاصة لمرضهما أو شيخوختهم .

(٢) جاء فى الفتح : لو كانت فى الدار بيوت ، وأبت أن تسكن مع ضرته ، ومع =

٢٠١- وإذا كان الزوج موسراً ، وزوجته ممن يخدمون تجب عليه أجره خادماً لها ، وهذا باتفاق الفقهاء ، لأنه يكون من نفقتها ، إذ الخادم لازم لها في هذه الحال ، وهو قادر على أجرته .

ولا تفرض أجره خادمين عند أبي حنيفة ومحمد . لأن خادماً واحداً يسد الحاجة ، والخادمان ترفه غير واجب . وقال أبو يوسف وقوله المعمول به : يجب أجره خادمين إذا كان الزوج قادراً ، وكان مثلها يخدم بخادمين ، ولا تفرض أجره لأكثر من خادمين في رواية عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى عنه أن المرأة إذا كان مثلها يخدم بأكثر من خادمين وهو قادر على أجرهم يكون عليه ذلك ، وهذا الرأي أقرب إلى روح عصرنا . وهو المتفق مع عرف الطبقات ذوات اليسار ، بل عرف المتوسطين أحياناً ، وفي فتح القدير والدخيرة لو كان له أولاد يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر بمقدار ما يكفيهم اتفاقاً .

إذا كان الزوج معسراً لا تجب نفقة خادم أصلاً . لأن الواجب في هذه الحال نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً (١) .

٢٠٢- قضايا النفقة : ذكرنا أن الأصل في وجوب النفقة هو وجوب التمكين ، ولا يصح الانتقال إلى وجوب التملك إلا إذا تبين أن الزوج لا يتفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة ، ولذلك قرر الفقهاء أن الزوجة إذا شكت إلى القاضي أن زوجها لا يتفق عليها ، وطلبت فرض نفقة لها . أنه لا بد من أن

= أحد من أهله ، إن أخل لها بيتاً ، وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ، فليس لها أن تطلب بيتاً آخر . وذكر ابن عابدين في المسألة أربعة أقوال :

(أولها) أن البيت الذي له غلق يكنى (وثانيها) أنه لا يكون شرعياً إذا كانت معها الفرة في الدار . وإذا كان أحد أقاربه يكنى (وثالثها) أنه لا يكنى مطلقاً ، (ورابعها) أنه لا يكنى إذا كانت من الموسرات ، ثم قال : الحاصل أن المشهور المتبادر من إطلاق المتن أنه يكفيها بيت له غلق من دار سواء أكان ضرتها وأحواؤها .

هذا ويلاحظ أن الخلاف المذكور هو في البيت من دار ، أي الحجر من دار ، أما الشقة فهي منزل أو كالمنزل القائم بذاته ، فلا يجري فيها خلاف ، كما يلاحظ أن الراجح في البيت أنه يكنى مسكناً شرعياً ، إذا كان له غلق ومرافق وهو سكن مثله .

(١) قال محمد : إن كان معسراً وكان لها خادماً مملوك كانت عليه نفقته ، لأنه لما كان لها خادماً مملوك تبين أنها لا ترضى بخدمة نفسها . وأن نفقة الكفاية تقضى سد حاجة ذلك المملوك .

يثبت لديه أنه لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة . فإن ثبت أنه يمكنها من النفقة أو يعطيها كل ما تحتاج إليه يرفض دعواها ، لأن الأصل هو التمكين . وإن ثبت لديه أنه ممتنع عن الإنفاق . ولا تتمكن من تناول ما تحتاج إليه تحرى القاضى حاله أهو موسر فتجب نفقة اليسار على مقدار يساره . أم معسر فتجب نفقة الإعسار ، ومن التحرى ما يسمى فى الفقه الحنفى بشهادة الاستكشاف وهى البيانات التى يتحرى بها القاضى معرفة أمر من الأمور . وقد نص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن بينات النفقات من شهادات الاستكشاف ، وتسمع من غير يمين . مع أن اليمين مطلوبة فى شهادات الإثبات بمقتضى هذا القانون ، وهذا نص المادة ١٧٩ :

« تكفى شهادات الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها ، وأجرة الحضانة ، والرضاع ، والمسكن ، والشروط التى يتوقف عليها القضاء بما ذكر » .

ولقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٤ : « ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين ، بل يكفى مجرد الإخبار بمن يوثق به » .

٢٠٣- وإن كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً . ولا كسب له لا يجمع ذلك من أن يفرض عليه القاضى نفقة الإعسار . ولا يفرق القاضى بينهما (١) فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه . وفى مذهب الأئمة الثلاثة يفرق بينهما . وسنبين تفصيل ذلك عند الكلام فى التفريق الذى يملكه القاضى . فإن ذلك هو المعمول به بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

وإذا فرض القاضى النفقة على المعسر . ولم يستطع الأداء . تكون النفقة ديناً فى ذمته ، لأن كل واحد مخاطب بما يستطيع . فإن الله سبحانه وتعالى

(١) زوجة المعسر الذى لا يملك شيئاً ، ولا يستطيع إنفاق شئ ، ولا كسب له - فى حكمها ثلاثة آراء فى الفقه الإسلامى ، أولها رأى الظاهرية وهو رأى عمر رضى الله عنه أنها تسقط ، وزاد الظاهرية أنها تلزمها نفقة إن كان عاجزاً أو كانت غنية ، والثانى رأى الأئمة الثلاثة أنها لا تسقط ، ويجوز لها طلب التفريق ، والثالث وهو أوسطها رأى الحنفية أنها لا تسقط ، ولا يجوز لها طلب التفريق للإعسار بل تستدين من تحب عليه نفقتها ، لو لم تكن متزوجة ، ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أيسر .

يقول : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » وليس في وسعه الأداء فتكون ديناً في الذمة . ونظرة إلى ميسرة ، ثم لها أن تطلب من القاضى الأمر بالاستدانة . أو تستدين هى من تلقاء نفسها ، ولكن أمر القاضى بالاستدانة فيه فائدة ، لأن الاستدانة بأمر القاضى يجعل استدانها بالنيابة عن الزوج حكماً . فيكون الزوج هو المستدين حكماً . وإذا لم يكن معها ما تنفق منه ، ولم تجد من تستدين منه . كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها ، ويكون ما ينفقه ديناً على الزوج . فإذا كان لها أب موسر أنفق عليها ، وكان ما ينفقه ديناً على زوجها يأخذ منه عندما يجعل الله له من أمره يسراً . وإذا امتنع أبوها أو من تجب عليه نفقتها . إن لم تكن متزوجة أمره القاضى . فإن امتنع بعد ذلك مع قدرته على الإنفاق حبسه حتى يؤدي .

٢٠٤ - وإذا امتنع الزوج عن أداء نفقة زوجته بعد فرضها . وكان ذلك الامتناع عن قدرة لا عن عجز أو لم تثيق حاله . كان لها أن تطلب من القاضى حبسه حتى ينفق . أو يتبين القاضى عجزه ، أو يثبت لدى القاضى أن له مالا ظاهراً يستطيع القاضى تنفيذ حكم النفقة فيه . وأخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبراً عنه ويحصل ذلك فعلاً .

وذلك لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المدين يحبس حتى يؤدي ما عليه إن كان امتناعه من مقدرة ، أو يتبين عسره ، إن كان غير ظاهر العسرة ولقد بقى ذلك نافذاً في ديون النفقة في مصر ، دون سائر الديون .

ولا يحبس القاضى إذا كان ظاهر العسر . أو عاجزاً عن أداء ما تطلب أدائه أو ما حبسه لأجله . لأن الحبس لظلم الامتناع مع القدرة ، وقد ظهر عذره فلا يحبس .

وخلاصة القول في هذا أن القاضى لا يأمر بالحبس إلا بشرطين :

أحدهما : أن تقدر النفقة . وتمضى مدة لا ينفق فيها حتى يتكون دين .

ثانيهما : أن يثبت أن الزوج قادر على إعطائها تلك النفقة ، أو تكون هناك مظنة القدرة على ذلك ، كما يفهم من المبسوط للسرخسى ، وغيره .

وليس للحبس مدة مقررة ثابتة ، لأن الحبس لحمله على الأداء وإكراهه

عليه ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع إلى القاضي على حسب ما هو مقرر في الفقه الحنفي (١) .

والقضاة في مصر لا يحبسون أكثر من شهر في دين النفقة ، وذلك كنص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة ٢٤٧ ، وهذا نصها :

«إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يزفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم ، أو التي بدائلتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، ولم يؤد ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

وترى من هذا أن الحبس ينتهي بأحد أمور ثلاثة :

إما بانتهاء المدة : وإما بأداء المطلوب أدائه الذي تثبت قدرته على أدائه ، وإما بإحضار كفيل ترضاه .

والحبس لا يمنع من بيع ماله الظاهر جبراً عنه ، وأخذ بدل النفقة منه ، وعند تمام ذلك لا بد أن يفرج عنه ، لأنه قد سقط الدين بأدائه ، فلم يكن ثمة حاجة إلى الحبس ، بل لقد زال سببه ، فتزول .

٢٠٥ - القضاء على الغائب في النفقة : إذا كان الزوج غائباً ، وكان

له مال ظاهر حكم لها القاضي بالنفقة ، ونفذ الحكم في ماله الظاهر ، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر حكم عليه أيضاً بالنفقة واستدانت عليه . وفي الجملة أن الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة ، وذلك هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، وهو المعمول به الآن في مصر ، وقد جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فإنه قد جاء في المادة الخامسة منه ما يتضمن أنه يعامل معاملة الحاضر ، بالنسبة لتنفيذ

(١) روى عن أبي حنيفة أن أقصى مدة الحبس شهر ، وروى عنه أن أقصاها ستة أشهر ، وقد جعل القانون أقصاها شهراً .

النفقة في ماله ، وبالنسبة للتفريق ، بيد أنه يعذر إليه ، في حال التفريق إذا كان غائباً غيبة قريبة

٢٠٦ - وهذا الذي قررناه هو بعمومه الراجح في المذهب الحنفي الذي كان معمولاً بالراجح منه قبل سنة ١٩٢٠ ، إذ كان المعمول به هو المفتي به في مذهب أى حنيفة وأصحابه ، ولبيان ذلك بعض التبيين .
إنه من المقرر في مذهب الحنفي أن فرض النفقة من القضاء حكم عند النزاع ، والحكم لا بد له من دعوى ، والدعوى في المذهب الحنفي لا تكون إلا في مواجهة مدعى عليه حاضر ، ولا يقضى على غائب إلا إذا كان في ضمن القضاء على الحاضر .

ولذا قرر الفقهاء في المذهب الحنفي أنه يصح تقدير نفقة على الغائب إذا كان التقدير ليس في موضع نزاع يحتاج إلى إثبات بالبينة أو توجيه البين ، فإذا كان الزوج الغائب قد ترك لزوجته مالا من جنس النفقة ، وكان القاضي على علم بالزوجية ، وطلبت الزوجة فرض نفقة في ذلك المال فرض لها ، لأن ذلك ليس قضاء إذ ليس ثمة خصومة بل هو إعانة ، ولأن النبي ﷺ قال لامرأة أبي سفيان في مثل هذه الصورة : خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك .

ومثل هذه الصورة ما إذا كان المال الذي هو من جنس النفقة تحت يد مودع أو كان ديناً على شخص ، وكان كلاهما يقر بالزوجية والدين ، أو كانا ينكران الزوجية ، والقاضي يعلم بها ، ففي هذه الحال يفرض لها القاضي نفقة ، لأن ذلك الفرض ليس إلا إعانة ، وكذلك إذا كانا ينكران المال ، ويعلم القاضي به ، فإنه يلزمهما بالأداء منه ، وإن حضر الغائب فلم ينكر أن ينازعه في ثبوت المال عليه أو عدم ثبوته .

وفي حال تقدير القاضي وأمره من عنده المال بالأداء يأخذ من المرأة كفيلاً ويحلفها يميناً تسمى يمين الاستيثاق ، فيحلفها بأنها لم تطلق وانتهت عدتها ، وليست ناشرة . ولم يقدم لها زوجها نفقة معجلة عن مدة غيبته . وتقديم كفيلاً واجب ، كما قال السرخسي ، وقال بعض الفقهاء : إنه حسن للاحتياط . والأول هو الأولى بالأخذ ، لكن يرجع عليها أو عليه ، إن تبين أنها أخذت بغير حق .

وإن كان من عنده المال غير مقر بالزوجة أو بالمال ، أو بهما . ولا علم للقاضي ، فقد اختلف أبو حنيفة والصاحبان مع زفر . فقد قال زفر : يسمع القاضي من الزوجة إثبات ما أنكره من عنده المال ، فإن كان منكراً للزوجة أثبتتها ، وإن كان منكراً للمال أثبتته ، ويقضى بالنفقة ، ولا يتضمن حكمه قضاء بالزوجة ، لأن في ذلك نظراً لمصلحتها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يخلف ، فإن نكل فقد صدقت ، ولها أن تقيم البينة من جديد لإثبات الزواج ، وإنما ثبت الفرض دون الزواج في أثناء الغيبة ، لأن البينة إنما تسمع لإثبات حق الزوجة في الفرض ، لا لإثبات النكاح على الغائب .

وقال أبو حنيفة والصاحبان : لا تسمع بينة ، ولا يقضى بشيء ، لأن ذلك قضاء على الغائب بالزوجة ، إن كانت موضع الإنكار ، وقضاء له بالمال إن كان موضع الإنكار ، ولا يقضى للغائب ولا عليه .

وعند القضاء لها على مذهب زفر يؤخذ منها كفايل .

وعلى هذا الخلاف إذ لم يخلف مالا قط ، فقد خالف زفر ، فالثلاثة ، قالوا : لا يفرض لها نفقة لأن ذلك قضاء على الغائب ، وزفر ، قال : يفرض لها إن أقامت بينة على الزواج ، ويقضى لها بالنفقة دون الزواج ، وتنقذ من مالها أو تستدين ويكون ما تنفقه ديناً على الغائب إلا أن يثبت أنه أداها ما كان واجباً عليه ، أو أنه ليس عليه نفقة قط ، لسقوطها بسبب من الأسباب . ويعيد القاضي نظر الموضوع من جديد ، وإثباتها من جديد إن خالفته .

وأساس كلام زفر كما علمت يقوم على أن البينة يجوز للقاضي أن يحكم ببعض مقتضياتها دون بعض ، كبينة السرقة إن ثبت أخذ المال وكان ثمة شبهة ، فإنها توجب المال ، ولا تثبت الحد .

وإن كان الغائب قد ترك مالا من غير جنس النفقة ، فلم يكن من النفود ، ولا أصناف الطعام ، فقد اتفق الأئمة في المذهب الحنفي على أنه لا يباع في سبيل النفقة ، لأن مال المدين إنما يباع إذا امتنع عن الأداء ، ولم يثبت الوجوب على الغائب ، كما لم يثبت امتناعه ، وعند زفر تفرض النفقة ، ولا

ينفذ الحكم في ماله ، بل يأمرها بالاستدانة وتستدين . هذا . وقد كان المعمول به قبل قانون سنة ١٩٢٠ هو مذهب زفر . فقد كان هو المفتى به في مذهب أبي حنيفة وليس له شمول المفعول به بعد هذا القانون .

٢٠٧ - دين النفقة : النفقة واجبة بلا خوف بين الفقهاء ، إنما الخلاف بينهم في وقت اعتبارها ديناً في الذمة . وفي قوة ذلك الدين . فالأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد . قالوا : إنها تصير ديناً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها . وإذا صارت ديناً تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب . وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضي . أو تراضى على تقديرها الزوجان ، ولذلك ليس للمرأة في المذهب الحنفي أن تطالب بنفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إلا عن الشهر الذي حصلت فيه الدعوى .

وإذا صارت ديناً لا يكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، بل تكون عند الحنفية ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء ، والطلاق ، والنشوز العارض ، والموت على خلاف في بعض ذلك . ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أمرها القاضي أو الزوج بالاستدانة . واستدانتها بالفعل .

وأساس الاختلاف بين الحنفية والأئمة الثلاثة . هو الاختلاف في الوضع الفقهي لموجب النفقة . فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ، ولا وجه للتبرع فيها ، والحنفية يرون أنها جزء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة فهي جزء فيه نوع من الصلة ، أو هي صلة وجزء معاً (١) .

(١) حقق كمال الدين بن الهمام مذهب الحنفية فقال : « ليست بعوض من كل وجه ، بل هي عوض من وجه دون وجه ، لأنها جزء الاحتباس ، فمن حيث إنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع ، وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس - هي عوض ، ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر ، وتمحصينه من الفساد ، وحفظ النسب ، وتحصيل الولد ليقم التكاليف الشرعية ، هي صلة ، فلا اعتبار أنها عوض قلنا : ثبتت إذا قضى بها ، أو اصطلاحاً عليها ، لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ، ولا اعتبار أنها صلة قلنا تسقط ، إذا مضت المدة من غير قضاء ، سملا بالدليلين بعد الإمكان ، وذكر في الناية معزواً إلى الذخيرة ، أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط . فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه » .

ودليل الأئمة الثلاثة في اعتبار النفقة واجبة عوضاً لا تبرعاً أو صلة :
(أولاً) أمر الشارع الحكيم بها أمر إلزام ، فقد قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وقال تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »
وأنها لو كانت صلة أو شبه صلة ما أجبر عليها وألزم بها .

(وثانياً) أنها وجبت بمقتضى العقد الصحيح في مقابل قيامها على البيت ومصالحه . فهي عوض . وهى كالأجرة أوجبها الشارع على سبيل المقابلة .
وإذا كانت عوضاً . فإنها تكون ديناً كسائر الديون من وقت استحقاقها ككس أجره عوض .

ودليل الحنفية أن الله سبحانه وتعالى سماها رزقاً والرزق اسم للمعونة :
كرزق القاضي والعامل في بيت المال لا يملك إلا بالقبض . وإن الاحتباس والقيام على البيت ورعاية الأولاد لا تعود مصلحتها على الزوج وحده . بل تعود عليهما معاً . واعتبارها عوضاً خالصاً يوجب أن تكون منافع هذه الأمور للزوج وحده ليس كذلك . بل إن وجوب النفقة على الزوج إنما هو من قبيل تقسيم الواجبات بينهما ، ولا معارضة إلا أن تكون من قبيل مقابلة الحقوق بعضها ببعض ، ولا وجه لقياس النفقة في النكاح على الأجرة . لأن هناك فرقاً بين النكاح والإجارة . ولأن الأجرة في الإجارة معلومة القدر . فتثبت ديناً من وقت وجوبها ، أما النفقة فلإنما تجب على قدر الكفاية . وليست معلومة قبل الفرض والتقدير علماً كافياً لاعتبارها ديناً . وإنما علمها بعد الاتفاق عليها . أو فرض القضاء لها . فتكون ديناً بعد ذلك .

٢٠٨ - ويلاحظ أن العمل في مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب الأئمة الثلاثة من حيث كون النفقة تكوّن ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) كما قرر أنها تكون ديناً من وقت الامتناع مع

(١) يلاحظ أن الإبراء الذي يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية ، لا النفقة المستقبلية ، لأن الإبراء إسقاط لدين واجب الوفاء ، والنفقة المستقبلية لم تجب فلا تكون ديناً ، فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبرأته عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطاً للشيء قبل وجود سببه . لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ، ولم يوجب الاحتباس الذي أوجب النفقة المستقبلية إذ الاحتباس يتجدد آنأ بعد آن وكلا لا يصح الإبراء عن النفقة في المستقبل لا تصح هبتها ، لأن هبة الدين لمن =

استحقاقها . وقد اشتملت على هذه الأحكام — المادتان الأولى والثانية من هذا القانون . نصهما :

المادة الأولى — تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت لزوجها ، ولو حكماً ، ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراص منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

المادة الثانية — المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

ولقد جاء في تعليقات وزارة العدل التي صحبت هذا القانون عند الكلام على هاتين المادتين :

« اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون ، وهما :

- (١) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها ديناً في ذمة الزوج القضاء أو الرضاء ، بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه .
- (٢) وأن دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (١) ويترتب على هذين الحكمين :

= عليه الدين إبراء . وقد استثنوا من الإبراء عن نفقة مستقبلة الإبراء عن نفقة شهر وليس من الإبراء الخلع على إسقاط نفقة العدة لأن ذلك إسقاط للمطالبة بها .

(١) الإبراء الذي تسقط به النفقة عند الحنفية هو الإبراء الذي يكون بعد فرض القاضي أو التراضي بينهما وتكون النفقة قد وجبت وتمضى مدة كما بينا وذلك لأن الإبراء لا يكون إلا عن دين . ولا تثبت النفقة ديناً إلا من وقت الحكم أو التراضي عندهم ومضى مدة ، ولذلك لو اشترط عليها وقت العقد أن تكون النفقة تمويئاً فطلبت التقدير كان لها ذلك إن امتنع عن التكوين وقال ابن نجيم في البحر . « القواعد تقتضي أن لها ذلك . لأن هذا الشرط ليس بلامزم إذ هو شرط فيما لم يكن واجباً بعد . ولهذا قالوا : إن الإبراء من النفقة لا يصح إلا إذا وجبت بالقضاء أو الرضاء . ومضت مدة فحينئذ يصح الإبراء . كذا في البدائع ، وفي الباز لو قالت : أنت برئ من نفقتى ما دمت امرأة فإن لم يفرض القاضي لها النفقة فالإبراء باطل وإن فرض القاضي لها النفقة كل شهر عشرة دراهم صح الإبراء من نفقة الشهر الأول دون ما سواه » وهذا الكلام لا يستقيم بالنسبة للنفقة قبل التقدير في المذهب المالكي المعمول به الآن ، لأنه قبل التقدير أو الحكم النفقة تثبت ديناً ما دامت مستحقة وامتنع عن الأداء ، أما بعد الحكم فإن الظاهر أن الحكم متفق =

(أ) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر ، إذا ادعت الزوجة تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طالت أو قصرت . ومتى أثبتت بطريق من طرق الإثبات . ولو كانت شهادة الاستكشاف .. حكم لها بما طلبت .

(ب) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ، فلمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، ما لم يكن عوضاً عن الطلاق .

٢٠٩ - هذا ما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ خاصاً بالنفقة ، وليس لنا عليه نقد فيما يتعلق بقوة دين النفقة إنما موضع النقد في جعل النفقة ديناً من وقت الامتناع مع الاستحقاق ، فإن ذلك فتح الباب لكثير من النساء اللاتي يكذبن في دعواهن عدم الإنفاق في آحاد طويلة سابقة على الدعوى ، ولقد لاحظت في الأمر ذلك . فمنع سماع الدعوى عن مدة سابقة على الطلب لأكثر من ثلاث سنوات منعاً لكذب النساء اللاتي اتخذن ما جاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ سبيلاً للكذب والادعاء الباطل كيداً وإعانة ، فقد جاء في المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية ما نصه :

« ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تلويخ رفع الدعوى » .

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية خاصاً بذلك : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رئي أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى .. ولما كان في إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة ستين عدة ترهق الشخص الملزم بها رئي من العدل دفع صاحب الحق في النفقة

= مع المذهب الحنفى ، لأن النفقة لا تثبت ديناً إلا إذا وجب أدائها واستنع عن الأداء ولا يجب الأداء إلا عن الشهر ، فلا يقع الإبراء إلا عنه . ولا يمكن أن تبرئه ، ولو أسقطت الحكم لا يجب أدائه شيء بمقتضاه ، ولكن لما أن تطلب الحكم من جديد ، ولا يكون لها أن تطالبه بأى نفقة قبل الحكم ، لأن الإبراء قد تناولا .

إلى المطالبة بها أولاً فأولاً ، بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين ، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس في هذا الحكم ضرر على صاحبة الحق في النفقة ، إذ يمكنها المطالبة بها قبل مضي ثلاث سنين .

ولا تزال مدة ثلاث السنين طويلة ترهق الزوج ، وتتسع للكذب الكاذبات . وعندى أن الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة في هذا فإن النساء في مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط إلى المحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الإنفاق وهؤلاء يجدن في ثلاث السنين باباً للكيد والأذى .

٢١٠ - هذا هو المعمول به الآن في مصر ، ومن الحق علينا أن نبين في هذا المقام ما كان معمولاً به من قبل ، بعد أن بينا الأساس الفقهي له . وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

لقد كان المعمول به كما نوهنا أن النفقة لا تكون ديناً قبل التراضي أو القضاء ، وبعد التراضي أو القضاء تكون ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء ، والإبراء وبالطلاق ، والموت ، والنشوز ، إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو أمر القاضي . وذلك لأن استدانتها في هذه الحالة تكون بالنيابة عن الزوج . فيكون الدين في ذمته ابتداء لا على الزوجة ، وكذا إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي لأن أمر القاضي كأمر الزوج ، إذا القاضي قام لرفع المظالم ، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ، ولم يأمر الزوج بها ، أمر القاضي بالنيابة عنه ، فيكون أمره كأمره .

وإذا لم تستدن النفقة بأمر الزوج أو بأمر القاضي كانت ديناً ضعيفاً عند الحنفية ، فيسقط بالموت والطلاق والنشوز كما يسقط بالأداء والإبراء على خلاف في الطلاق والنشوز .

(أ) أما الموت : فإنه إذا مات أحد الزوجين ، وقد كانت لها نفقة في ذمة الزوج لم تستدنها بأمر الزوج أو أمر القاضي فلانها تسقط لأن النفقة صلة من وجه ، والصلوات كلها تسقط بالموت . وذكر صاحب البدائع أنه لا خلاف في المذهب الحنفي في أن النفقة الماضية المتجمدة تسقط بالموت وكما أن النفقة المتجمدة لها تسقط بالموت ، كذلك إذا عجل لها نفقة

ثم مات قبل مضي وقتها ، فليس لورثته أن يرجعوا عليها بالباقي عند الشيخين ، لأنها صلة قد تمت بالقبض ولزمت بالموت . فلا يجوز الرجوع . وروى عن محمد أن لم أن يرجعوا بالباقي إن كان قائماً ولا يرجعون إن كان هالكا ، وروى أنه قال : يجوز الرجوع في شهر وما دونه ، ولا يجوز الرجوع فيما زاد على ذلك . وهو في هذه الروايات المختلفة رجح جانب العوض في القائم دون الهالك أو في المدة الطويلة التي زادت عن شهر . ومثل الموت . الطلاق في هذا .

وإن ذلك الجزء من مذهب أبي حنيفة لا يزال المعمول به في الفقه ، فإذا قدم لها نفقة سنة مثلاً ثم مات لا تسترد ، إذ لم يوجد ما ينسخ هذا الحكم ، وقد صرح ببقائه في مشروع القانون المادة ٨٠ - ، نصها . « لا تسترد النفقة التي دفعت معجلاً بسبب الطلاق أو الوفاة » .

(ب) والطلاق : قد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في سقوط المتجمد من النفقة به إذا لم يكن مستداناً بأمر الزوج أو القاضي ، فقال بعضهم : لا تسقط به . لأنها بقضاء القضاء صارت ديناً . وإن لم يكن قوياً من كل الوجه ، وقال بعضهم (وهو المختار عند كثير من أصحاب المتون ، والفتاوى) . إن المتجمد يسقط بالطلاق . لأن الطلاق كالموت . ولأن النفقة صلة ، والصلة قد انقطعت .

وقد اختار صاحب البحر . أن الطلاق رجعيّاً أو بائناً لا يسقط النفقة ، لأنها تجب لها النفقة في العدة فأولى ألا يسقط الثابت لها من قبل ، ولأنه لو كان الطلاق يسقط النفقة . لا تحذه الرجال ذريعة لإسقاط ما عليهم من نفقات ، والذي اختاره ابن عابدين أنه إن كان الطلاق لسوء أخلاقها أسقط المتجمد وإلا لم يسقط .

ويظهر من التعليقات ، أن الطلاق الذي يسقط المتجمد أو المعجل من النفقة هو الطلاق البائن . لا الطلاق الرجعي ، إذا حصلت الرجعة في أثناء العدة .

وعندى . أن من يراجع كتب المتقدمين من الفقهاء لا يجد ما يدل على أن الطلاق يسقط النفقة الماضية المفروضة ، وأن المتأخرين هم الذين أخذوا بهذا الرأي وحاولوا أن يقيسوه على الموت ، مع أن الفارق بين الأمرين عظيم .

ويلاحظ أن من أسقط النفقة المفروضة الواجبة بالطلاق قال : إن المعجلة ليس له أن يطالب بردها .

(٣) والنشوز : يسقط النفقة المفروضة المتجمدة قبله عقاباً لها على نشوزها حتى لا تقدم عليه بعد الفرض ، وقد ذكر ذلك في بعض كتب الإمام محمد ، فإذا كان لها نفقة شهر أو أكثر ثابتة في ذمته ثم نشزت سقطت تلك النفقة إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو القاضي ، ولو عادت إلى بيته لا يعود ما سقط .

٢١١ - أخذ كفيل بالنفقة : يجوز أخذ كفيل بالنفقة الماضية المتجمدة المفروضة ، لأنها دين ثابت واجب في الذمة . أما النفقة المستقلة فهل يجوز أخذ كفيل بها ؟ إذا كانت قدرت بالقضاء أو الرضاء يجوز أخذ كفيل بها ، ولكن أبا حنيفة لا يعتبره كفيل إلا عن شهر فقط . لأن ما بعد الشهر لم يثبت بعد . فلا يؤخذ عنه كفيل . أما الشهر فقد وجب أدائه ، فكان الزوج مطالباً به . فيكون الكفيل مطالباً أيضاً ، وغير الشهر لم يكن الأصيل مطالباً به فلا يكون الكفيل مطالباً إذ مطالبته مبنية على مطالبة الأصيل ، وقال أبو يوسف : يكون الكفيل مطالباً عن المدة المذكورة في الكفالة عن النفقة المستقبلية طالت أو قصرت . وذلك للرفق بالناس . ولمعونة الزوجة على استيفاء حقها في النفقة . ولقد جاء في البحر وابن عابدين أن الفتوى على قول أبي يوسف . لأنه أكثر تسهلاً لاستيفاء الحقوق .

وإذا لم تكن مفروضة فهل يصح أخذ كفيل بها ؟ اختلفت في ذلك عبارات الكتب . ففي الذخيرة : « أنه لا فرق بين المفروضة وغير المفروضة في جواز أخذ الكفيل ، على الاختلاف في مدة الكفالة من حيث كونها بشهر فقط . أو لأى مدة ، وعبرة فتح القدير لم تخص المفروضة دون غيرها ، وهذا نصها : « وعن أبي يوسف لو كفّل لها بنفقتها ما عاشت أو كل شهر ، أو ما بقى النكاح بينهما صح . وقال أبو حنيفة : على شهر واحد ، ولو كفّل لها نفقة سنة جاز ، وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعيّاً أو بائناً والمسألة بحالها ، كفّل بنفقة عدتها كل شهر ، لأن العدة من أحكام النكاح ، فترى من هذا أن العبارة تعم حال الفرض والتقدير . وحال عدمها ، وفحوى كلام ابن عابدين يفيد ذلك أيضاً ، وهذا نص عبارته :

« وإن الاستحسان : الجواز . وإن لم تجب في الحال ، وأنه يصير كأنه كفل لها بما ثبت لها على الزوج . وبما ثبت لها عليه بعد . والكفالة بذلك جائزة في غير النفقة فكذا في النفقة ، ولا يخفى أن علة الاستحسان ثابتة في مسألة الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة زوجة الابن » .

ولكن الرمل يرى أن نفقة الغائب يجوز أخذ كفيل بها . وإن لم تكن مقدرة . أما نفقة الحاضر ، فلا يجوز أخذ كفيل بها . إلا إذا كانت مقدرة .
والخلاصة من كل هذا الكلام أن النفقة غير المقدرة - بعض الكتب جعلها كالمقدرة في جواز أخذ كفيل ، وبعضها منع جواز أخذ الكفيل في غير المقدرة إذا كان حاضراً . وجوز الكفالة بها إن كان غائبا .

٢١٢ - وهل يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على تقديم كفيل ؟ إذا كان الزوج حاضراً ولا يغيب ، فلا يجبر على تقديم كفيل ، وإذا قالت : إن زوجي يطيل الغيبة، وطلبت كفيلًا بناءً على ذلك ، وثبت لدى القاضي صدق قولها ، قال أبو يوسف يجبره القاضي على تقديم كفيل بشهر ، إذا كان لا يغيب أكثر منه . وبأكثر إن كان يغيب أكثر منه . وإن كان لا يعلم مقدار غيبته أخذ عليه كفيلًا بشهر واحد فقط ، وهذا كله استحسان للرفق بالناس . وليسهل على الزوجة استيفاء حق النفقة الثابت لها بمقتضى الزواج .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز للقاضي أن يجبره على تقديم كفيل بالنفقة ، لأنها لم تثبت ديناً بعد ، ولم يطالب بها بعد ، ولم يجبر على تقديم كفيل بحق لم يطالب به ولم يعرف أنه ممتنع عن الأداء ، وهذا هو القياس ، ولكن الفتوى على قول أبي يوسف في هذا المقام أيضاً .

٢١٣ - المقاصة بدين النفقة : إذا كان الزوج له دين على الزوجة فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريقة المقاصة بين مالها وما عليها ؟
إن القواعد المقررة أن الدينين إذا تساويا في القواعد ذهباً بالمقاصة إذا طلب أحد الطرفين . وإذا كان أحدهما الدينين أقوى من الثاني . فإن طلب المقاصة صاحب الدين الأقوى أجريت فيهما ، لأنه قد رضى بذهاب دينه القوي في الدين الضعيف .

(م ١٧ - الأحوال الشخصية)

وإذا كان صاحب الدين الضعيف هو الذى طلب المقاصة لا تم إلا برضا الآخر ، لأنهما لم يتساويا .
ولقد قال الحنفية : إن دين الزوجة فى غير حال الاستدانة لا يكون ديناً قوياً .

ولذا قرروا أن الزوج إن طلب المقاصة أجيب لأن دينه قوى ، أما الزوجة إذا طلبت المقاصة فلا تجاب إلا إذا رضى الزوج .
هذا مذهب الحنفية ، والمعمول به الآن فى مصر أن الدينين متساويان ، ولذلك تجرى المقاصة ، وتجوز سواء أكان الذى طلب المقاصة هو الزوج أم الزوجة . وكان العمل من قبل على أن المقاصة لا تكون إجبارية إلا إذا طلبها .

ولاشك أن المقاصة قد يكون فيها أذى بالمرأة إذا لم تكن موسرة ، لأن ما تأخذته تنفق منه ، فليس من العدل أن تجرى فيه المقاصة من غير رضاها وإن النفقة لها امتياز خاص ، وهى من ضروريات الحياة .

وهن مذهب أحمد بن حنبل على أن المقاصة تجرى إذا كانت بطلب الزوجة ولا تجرى إذا كانت بطلب الزوج إلا إذا رضيت . أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها ، إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة . وهذا رأى معقول ، ولذا اقترح العمل به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٥ وهذا نص المادة ١٢٤ منه :

« إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها ، فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئاً من نفقتها »

ولكن ذلك الرأى ما زال مقبوراً مع هذا المشروع ، وما عليه العمل لا يمنع جريان المقاصة إن طلب أحدهما ، ولو كانت فى أشد الحاجة إلى النفقة . وإن ذلك لا يتفق كما قلنا مع العدل ، ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس فى سبيله ، ولا يجوز فى غيره من الديون :

نكاح الذميين

٢١٤ - تبنى أحكام نكاح غير المسلمين الذين يعيشون في ظل الدولة الإسلامية على قاعدة ، وهي أنه يمنع الحاكم المسلم من التعرض لهم ، فحالمهم دافئة للتعرض ، وليست بمثبتة حقوقاً ، ولذا إذا تخاكروا أمام القاضي المسلم حكم بالشرع الإسلامي ، وعلى هذه القاعدة نقول :

كل نكاح كان صحيحاً عند المسلمين لاستيفائه شروط الصحة جميعاً ، فهو صحيح عند الذميين ، هذا أمر مجمع عليه ، لأن زواجهما ما دام قد صدر صحيحاً في نظر الإسلام مستوفياً شروطه ، لا معنى لفسخه من بعد ، ولكن روى أن مالكا رضي الله عنه قال : إن أنكحتهم فاسدة لأنها لا تخلو من فقد شرط الولاية ، أو إسلام الشاهدين ، ولقد قال في ذلك ابن الهمام في فتح القدير واستشكله بعض المالكية ، ولا وجه له لثبوت ولاية المسلم على غير المسلم ، ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم ، ولو قلنا إنها شرط - فلو عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح .

وإذا فسد النكاح عند إنشائه لعدم استيفائه بعض شروط الصحة في نظر المسلمين ، فقد قسم أبو حنيفة والصاحبان مع بقية الأئمة الفساد إلى قسمين : فساد بسبب تخلف شرط هو شرط بقاء وإنشاء ، كتزويج بعض المحارم على التأييد في نظر الإسلام .

أما القسم الأول ، كالنكاح بلا شهود ، والنكاح في عدة ذمي آخر ، أو في عدة مسلم ، فقد قالوا : « إنه إذا كان في الزواج اعتداء على حق مسلم فلا يجوز ، ولذا اتفقوا على فساد ، إذا كان في عدة المسلم ، إذ للقاضي حينئذ الحكم بإبطاله عند إنشائه ولو لم يترافعوا إلينا ، لما فيه من اعتداء على حق المسلم ، ويستمر له حق في إبطاله ، ولو أسلما ، لأن الاعتداء يجب رفعه ، ولو تقادم العهد ، أما إذا لم يكن ثمة اعتداء على حق مسلم ، كالنكاح بلا شهود ، فقد صححه الصحاب الثلاثة ، ومعهم الشافعي وأحمد ، ومالك ، على ما جاء في المغني ، والحكم بالصحة يظهر أثره إذا ترافعا إلينا ، أو أسلما معاً أو أسلم الزوج .

واختلف الفقهاء مع ذلك في حال زواجهما في عدة غير المسلم ، فقد قال أبو حنيفة إن الزواج يكون صحيحاً بالنظر لها ويقران عليه ، وإذا أسلما لا يفرق بينهما ، وكذلك إذا ترافعا ، أو أسلم الزوج ، وقال الصاحبان ، إن النكاح باطل ولا يظهر أثر الحكم بالبطلان إلا إذا ترافعا إلينا ، أو أسلما أو أسلم الزوج ، أما قبل ذلك ، فقد أمرنا بتركهم وما يدينون .

وحجة أبي حنيفة أنهم لا مخاطبون بأحكام الشارع في الإسلام ما داموا لم يدخلوا في الإسلام ، فلا يمكن جعل العدة لازمة في حقهم ، ولا في حق الشرع . إذ لا يدينون به . ولا جعل العدة لازمة لحق الزوج الأول ، لأنه لا يعتقده ، وعلى ذلك يكون الزواج صحيحاً بينهم .

وحجة الصاحبين أن العدة لازمة بحكم الشريعة الإسلامية ، وهم مخاطبون بها ، وقد أجمع عليها فقهاء المسلمين ، بخلاف اليهود فإن اشتراطهم ليس موضع إجماع ، فلا يكون عقدهم في عدة غير المسلم صحيحاً ، ويظهر البطلان عند الترافع أو الإسلام .

وقد حرر كمال الدين بن الهمام موضع الخلاف بين الإمام والصاحبين ، فحصره في حال الترافع ، أو الإسلام ، والعدة لم تنته ، أما إذا كانت قد انتهت فإن النكاح يكون صحيحاً يقران عليه ، وذلك قال « في المبسوط » ، إن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة القائمة ، أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع ، أى أن العبرة بحال المرأة عند الترافع أو الإسلام . فإن كانت بحال يجوز ابتداء العقد فيها أقر العقد ، وإن كانت بحال لا يجوز ابتداء العقد فيها فهنا موضع الخلاف على ما حرره ابن الهمام .

هذا هو حكم القسم الأول ، أما القسم الثاني ، وهو ما إذا تخلف شرط بدلا منه للاستمرار والبقاء كالحرمة على التأيد أو تزوج المطلقة ثلاثا قبل أن يتزوجها زوج آخر ، ويدخل بها ، ثم يطلقها ، فقد اتفق الإمام والصاحبان على أنها لا يقران عليه ، إذا ترافعا إلينا في شأنه أو أسلما ، أو أسلم الزوج أو ترافعت هي (١) .

(١) اتفقوا على أنه إذا طلقها ثلاثاً ، فترافعت إلينا لأنه يعاشر بغير حل ، وجب منه لأن ذلك رفع الظلم ما دامت لم ترض بالمعاشرة بعد الطلاق الثلاث ونطقه بالطلاق الواحد أو الثلاث دليل على أنه يدين بوقوع الطلاق ، وهو مؤاخذ بقوله .

إنما موضع الخلاف في اعتباره قبل الترافع أو الإسلام صحيحاً أو غير صحيح فالصاحبان اعتبراه فاسداً ، وأبو حنيفة اعتبره صحيحاً بالنسبة لهم وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا ترافعا في النفقة مثلاً ، ولم يجعلوا الزواج موضع النظر ، فالصاحبان لم يسوغا سماع الدعوى ، لأن الزواج باطل ، وأبو حنيفة أجاز ذلك. هذا ويجب التنبيه إلى أن زفر من بين فقهاء الجمهور ، قد قرر أن كل عقد قد قصد لفقدان أى شرط من شروط الصحة - فاسد عندهم ، سواء أكان شرطاً في الإنشاء أم كان شرطاً للبقاء ، وحجته في ذلك أنهم لما قبلوا عقد الذمة ، التزموا أحكامها ، ورضوا بها ، ومن أحكامها ما تقرر أن النكاح من فساد إن كان بغير شهود ، أو في عدة الغير مسلماً أو غير مسلم . ولأن غير المسلمين مخاطبون بالشرعية لما لها من عموم ، ولكن لا نتعرض لهم حتى يسلموا أو يترافعوا إلينا . احتراماً لحرية الدين . إلا إذا كان ثمة اعتداء على حق مسلم ، فإننا نتعرض لهم احتراماً لحق المسلم ، ومنعاً من الاعتداء عليه .

٢١٥ - ومهما يكن الحكم بالصحة أو البطلان ، فقد رأيت أنه لا يجوز التعرض لهم ما داموا يدينون بالعقد الذى أنشئوه . إلا إذا كان ترافع إلينا ، أو إسلام على الخلاف والتفصيل السابق .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : إذا بلغ الحاكم أن ذميين يعيشان في نكاح فاسد يفرق بينهما ، لقوله تعالى : (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) ولأن الشريعة عامة تلزم أحكامها من يستظلون بظل الإسلام ، ولأن لهم مالنا ، وعليهم ما علينا ، ولأن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله : « أن فرقوا بين المجوس وبين محارمهم » .

هذا ما روى عن أبي يوسف . ولكن السرخسى في مبسوطه ، نفي صحة هذه الرواية ، وقال : « إنها خبر غير مشهور » ونقول : إن الآية التى سيقت للاستدلال لهذا الرأى نازلة في جال الترافع .

والمشهور عن أبي يوسف ، وهو رأى أرقى أئمة المذهب الحنفى ، أننا لا نتعرض لهم ، إلا إذا ترافعوا إلينا ، أو أسلم أحدهما ، ولقد استفاض واشتهر أن عمر بن عبد العزيز أرسل إلى احسن البصرى يسأله قائلاً : ما بال

الخلفاء الراشدين تركوا أهل اللمة ، وما هم عليه من نكاح المحارم ، واقتناء الخنازير والحمور ؟ فكتب إليه الحسن رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتركوا وما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام .

ويقول السرخسى : « عمل الولاة والقضاة على هذا من ذلك اليوم إلى يومنا هذا ، ولم يشتغل أحد منهم بذلك ، مع علمهم أنهم يباشرون تلك الأتكة الفاسدة »

ولقد اتفقوا على أنه إذا أسلم أحدهما - طبق حكم الإسلام في الدائرة التي ذكرناها ، كما اتفقوا على أنهما إذا ترافعا طبق حكم الإسلام (١) لقوله تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » .

أما إذا ترفع أحدهما ، فقد قال أبو حنيفة : لا يفرق بينهما ، وقال الصحابان : يفرق بينهما ، وحجتهم أن من ترفع فقد ألزم حكم الإسلام ، فصار كمن أسلم ، وإن أسلم أحدهما فرقنا ، إن كان النكاح قد فقد شرطاً من شروط البقاء ، ووجهة أبي حنيفة أن الآخر لم يلتزم أحكام الإسلام ، فإعارة لحقه وحفظاً لحريته الدينية لا يفرق ، وليس الأمر كإسلام أحدهما ، لأنه إذا أسلم أحدهما لا يعد العقد صحيحاً لاعتقاد المسلم عدم صحته ، ولذا فرقنا حماية لعقيدته .

٢١٦ - والجارى عليه العمل ، أن المحاكم الشرعية لا تتعرض للمدعيين في أنكحتهم ، وما يترتب عليها ، وما يتصل بها من أفضية ، وكانت تحكم فيها مجالسهم المالية ، إذا كانوا تابعين لمجلس ملى واحد ، وليس لهذه المحاكم أن تتعرض لهم إلا في الأحوال الآتية :

١ - إذا اتحدت ملة الخصوم ، ولم يكن لهم نظام قضائى خاص بهم

(١) من المنصوص عليه أنه إذا رفعت الزوجة في نكاح حكم الإسلام بفساده طالبة النفقة ، فعدت أى حنيفة خلافاً للصابين يحكم لها بالنفقة إذا رضى الزوج بالتراجع لأننا لا نتعرض لصحة النكاح ما دام لم يجلده موضوع التراجع وهو صحيح في نظرهم ، أما الصاحبان فلا يريان الحكم بالنفقة ، لأن النكاح في نظر الإسلام باطل ، والحكم بالنفقة مبنى عليه ، فلا يحكم بها ، إذ قد أمرنا بأن نحكم بينهم بما أنزل الله .

وكذلك إذا تزوجت بغير مهر ، ثم طالبت به لا يحكم به عند أى حنيفة إذا كانا لا يدينان بلزوم المهر ، والصاحبان قالا يحكم بمهر المثل .

كالاتين الكاثوليك . لأنه ليس لهم من يتخصصون لديه إلا هذه المحاكم . لما
لما من الاختصاص العام في الأحوال الشخصية . ولا يخرج عن اختصاصها
إلا من يكون لهم نظام قد منحهم الدولة به حق القضاء بينهم .

٢ - إذا اتحدت ملة الخصوم . وكان لهم نظام قضائي على خاص بهم .
وترافعوا إلينا . ولم يدفع بعضهم بعدم الاختصاص ، لاتفاقهم على الترافع
بين يديها وإسقاطهم ما منحوه من حق التقاضي أمام مجلسهم الملى . لأن لها
في الأصل الاختصاص العام .

٣ - إذا اختلفت ملة الخصوم ، لعدم اختصاص أى طائفة بالحكم ،
فيثبت لها الاختصاص بما لها من الولاية العامة .

٤ - في دعاوى المواريث إذا لم يتفق الخصوم جميعاً على تعكيم مجلسهم
الملى أو مجلس بعضهم إذا اختلف ملتهم ، وذلك لأن الميراث سواء أكان
سببه القرابة أو الزوجية . كان من اختصاص المحاكم الشرعية . ولم يعط أى
مجلس ملى ذلك الحق . فبقى حقاً لها . لكنهم إن اتفقوا على مجلس ملى مضى
اتفاقهم . كمن يتفقون على محكم يحكم بينهم . وكذلك الوقف والوصية .

وبعد إلغاء المجالس المالية واندماج القضاء الشرعى فى الوطنى ، صارت
المحاكم تقضى بشرائعهم إذا كانت مجالس مالية وألغيت استمراراً لما لهم من
حق ، أما من لم يكن لهم مجالس مالية ، فإنه يحكم بينهم بالشرعية فى غير الطلاق .
٢١٧ - فى هذه الأحوال الأربع كانت تقضى المحاكم الشرعية . وتطبق
الشرعية الإسلامية فيما تقضى به . بيد أنه لم يكن لها أن تسمع دعوى الطلاق ،
إذا كان الزوجان أو أحدهما من ملة لا تجيز الطلاق . ولقد نصت على ذلك
الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ ، وهذا نصها : « لا تسمع دعوى الطلاق من
أحد الزوجين ، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

هذا نص قد جاء فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ ، ولقد جاء فى المذكرة
الإيضاحية ما نصه فى بيان الباعث عليه :

« كانت المحاكم الشرعية عملاً بالمادة ٢٨٠ تحكم بوقوع طلاق غير المسلم
على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر . وكان
فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق . لعدم
استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر . طبقاً للتقاليد المتبعة فى ملتها . فتبقى

معاقة ، لا تزوج ، وقد تحرم من النفقة ، فلا تجد من ينفق عليها . فترث معالجة هذه الحالة ، عملاً بمبدأ جواز تخصيص القضاء ، بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق » .

وترى من هذا أن التقييد الذى جاءت به تلك الفقرة إنما كان لمنع القاضى من تطبيق المادة ٢٨٠ التى تجعل العمل بالراجع من مذهب أبى حنيفة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق ، وأما غيرها فإن القاضى يطبق المادة ٢٨٠ . فيعمل بالراجع من مذهب أبى حنيفة بالنسبة لسماع دعاوى الطلاق لغير المسلمين إذا كانا يدينان به .

ولكن هل كان يقيد القاضى الشرعى بنظم الطلاق المطبقة عندهم ، من حيث إن الطلاق لا يقع إلا فى أحوال خاصة معينة فى نظم هذه الطوائف ؟ ظاهر هذا الجزء الذى نقلناه من المذكرة الإيضاحية أن يطبق الراجع من مذهب أبى حنيفة ، لأن منع تطبيق المادة ٢٨٠ بنص هذه المذكرة إنما كان بالنسبة لمن لا يدينون بالطلاق ، أما غيرهم ، فإنه تطبق المادة ٢٨٠ ، لأن حكم هذه الفكرة استثناء من حكم عام ، فبقى الباقى من المستثنى منه على أصله .

ولكن الذى يتفق مع روح العصر ، واحترام شعائر الطوائف أن يحكم القاضى مقيداً بنظم الطلاق عندهم ، على أنه لا يطلق هو ، ولكنه سبفر أن الطلاق وقع فى الدائرة المرسومة عندهم ، فيحكم بصحة الدعوى فيه أو يقرر أنه لم يقع فى الدائرة المرسومة عندهم . فلا يحكم بأى أثر للطلاق ، حتى يصححوا الوضع ، ويصدر عن أهله .

وقد ذكرت وزارة العدل الطوائف التى لا تدين بالطلاق فى منشور أرسلته إلى المحاكم ، فذكرت أنهما طائفتان : هما الروم الكاثوليك ، واللاتين الكاثوليك . أما غيرهم ، فإن الطلاق يقع عندهم فى رسوم محدودة ، ولقد ذكر ذلك المنشور ، أن تطبيق هذا الجزء من القانون من تنظيم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ، ولذلك يطبق على الدعاوى المطروحة أمام المحاكم الشرعية فى أى درجة من درجاتها ولو كانت درجة الالتماس ، رعاية للمصلحة العامة التى من أجلها شرع المنع من سماع الدعوى .

٢١٨- ولنشر بكلمة موضحة إلى الطوائف التي تميز الطلاق ، والطوائف التي لا تميزه وأسبابه : فالكاثوليك ، ومن تفرع عنهم لا يميزون الطلاق قط ، ويميزون التفريق الجسدى فقط ، إذ لا يعتقدون إمكان انحلال الرابطة الزوجية لأن ما ربطه الرب لا يحله العبد .

وأسباب التفريق الجثمانى عندهم : (١) الزنى . (٢) والخروج عن المذهب الكاثوليكي . (٣) وتربية الأولاد فى بيئة غير كاثوليكية . (٤) ومعيشة الإجرام المزرية بالشرف . (٥) والخطر على هلاك النفس . (٦) والخطر على هلاك الجسد . (٧) وسوء المعاملة إلى درجة تجعل المعيشة صعبة جداً .

هذه هى حال التفريق الجسدى عند الكاثوليك ، وكان الظاهر أن الإنجليين مثلهم لأنهم يعتقدون اعتقادهم ، والفارق بينهم أنهم يرجعون إلى النصوص ويحاولون تفسيرها ، ولكن أجازوا التفريق فى الأحوال السابقة ، ولم يقتصروا على مجرد التفريق الجسدى .

والطوائف التي تسكن مصر ، وتميز الطلاق فى دوائر وحدود مرسومة كثيرة منها :

الأرمن الأرثوذكس : وهم يميزون الطلاق بمعنى حل رابطة الزوجية لا مجرد التفريق الجسدى فى أحوال محدودة ، وكان يتولى تحقيق السبب رجال الدين . ومن هذه الأحوال : (١) الزنى من أحد الزوجين . (٢) محاولة التعدى من أحدهما على حياة الآخر . (٣) والحكم على أحدهما بجنابة مخلة بالشرف . (٤) وتحريض الزوج زوجته على الفسق . (٥) وهجر الزوج زوجته . (٦) والغيبة المنقطعة ثلاث سنوات فأكثر . (٧) والأمراض العائقة عن القيام بحقوق الزوجية إذا طرأت بعده ومنها الجنون . (٨) وتعمد عدم الحمل والإجهاض . (٩) وتغيير الزوج لمذهبه أو دينه . (١٠) وسوء المعاملة . (١١) وعقد الاتفاق المستمر بين الزوجين .

اليونان الأرثوذكس : وأسباب التفريق عند هذه الطائفة تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أولها - الأسباب التي تميز للزوج طلبه ، وهي : (١) إذا لم يجدها بكراً . (٢) وإذا تعمدت عدم الحمل . (٣) وإذا كانت تنادم رجالاً غرباء

عنها ، أو تشترك معهم في الولائم ، أو تستحم معهم . (٤) وإذا قضت ليلتها بالرغم من زوجها خارج بيتها . (٥) وإذا ذهبت إلى ملاعب السباق والصيد والتمثيل دون علم زوجها ، مع منعه إياها من الذهاب . (٦) وإذا زنت وأثبتت زناها . (٧) وإذا هجرت زوجها ثلاث سنوات من تاريخ الحكم عليها بطاعته .

وثاني أقسام الأسباب ما يجزى للزوجة طلب التفريق . وهي : (١) إذا لم يباشرها الزوج لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الزواج ولم تثبت قدرته على الحياة الزوجية . (٢) وإذا أرغمها على الدعارة . (٣) وإذا أهملها بالزنى وعجز عن إثبات ذلك . (٤) وإذا هجرها ثلاث سنوات ولم يعلن بأمرها ، سواء أكان غائباً أم كان حاضراً . (٥) وإذا زنى بامرأة أخرى في بيت الزوجية أو غيره . أو كان يرتاد محال الدعارة .

وثالث الأقسام من الأسباب : ما يجزى لكل من الزوجين طلب التفريق وهي (١) إذا طرأ الجنون على أحدهما . (٢) وإذا اعتنق أحدهما الرهينة (٣) وإذا تأمر أحدهما على حياة الآخر . (٤) وإذا صدر ضد أحدهما حكم جنائى غل بالشرف . (٥) وإذا اعتنق أحدهما مذهباً آخر . (٦) وإذا تأمر أحد على المملكة أو علم بهذه المؤامرة ، ولم يكشفها .

الأقباط الأرثوذكس : وهم أكثر الطوائف المسيحية بمصر عدداً وأسباب التفريق عندهم هي : (١) الزنى . (٢) والخروج من الدين المسيحى (٣) والأمراض المزمنة المانعة من تحقيق الغرض من الزواج ، كالجنون والجدام والبرص ، والعنة إذا مضت ثلاث سنوات ولم يصل إليها (٤) وإذا حاول أحدهما الإضرار بحياة الآخر . (٥) وإذا حاول الرجل لإفساد أخلاق زوجته . (٦) وإذا تمادت الزوجة في الفساد وغشيان الملاحى . (٨) والغيبة المنقطعة مدة خمس سنين إلى سبع ، مع جهالة الحال من حيث الحياة والموت أما إذا علمت الحياة فلا بد من مضي سبع سنين . (٨) وإذا حكم على أحدهما بالحبس أكثر من سبع سنوات . (٩) وإذا ترهب أحدهما . (١٠) وإذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام المستمر ، وعدم إقامة الواجبات والحقوق الزوجية . (١١) وإذا تزوجها بكرراً فبانت غير بكر إلا إذا ثبت أن زوال البكارة لغير فسق .

وقبل أن ننتهي من هذا نشير إلى حكم أصدرته إحدى محاكم الأحوال الشخصية بأن الطلاق لا يجوز مطلقاً ولأى سبب أخذاً من نص الإنجيل غير معتمدة على سواه (راجع المحاماة ص ١٩٩ السنة السابعة والثلاثون) .
وهناك حكم آخر . قرر أنه لا يكون طلاق إلا من زنى ، وخطأ المجتهدين في المسيحية (راجع المحاماة ص ١٥ لسنة ٣٩) .

الطائفة الإسرائيلية : الطلاق عند الإسرائيليين جائز . إذا كان بمسوغ ،
غير أنهم اختلفوا في أمرين :
(أحدهما) في التوسع في هذا المسوغ .

(وثانيهما) في مساواة المرأة بالرجل في طلب التفريق ، فالقراءون شددوا في مسوغ الطلاق . فقالوا ، إن المسوغ هو أن يكون أحدهما غير محتمل الخلق أو الخلق ، أو يكون منه ما يمس الدين أو الآداب . وجوزوا للمرأة طلب الطلاق كما جوزوه للرجل على سواء .

والرأبانيون توسعوا في المسوغ ، فيكفي مسوغا عندهم أن تحرق المرأة الطعام أو أن يرى الرجل أجمل منها ، ولا يسوغون التفريق للمرأة .
والطلاق عند الإسرائيليين جميعاً لا يكون إلا أمام السلطة الشرعية .

٢١٩ - هذه استطرادات ذكرنا فيها حال الطوائف التي تقيم بمصر بالنسبة للطلاق . أو بعبارة أدق بالنسبة للتفريق بين الزوجين ، وقد سقناها شرحاً للفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وهي تكشف عن المسوغات للتفريق عند الطوائف التي تجيز ليكون القاضي المختص - إذا قضى في مسائل الطلاق الذي يكون عند وجود بعض هذه المسوغات - على بينة من الأمر .

ويلاحظ كما ذكرنا أن القاضي ممنوع من النظر إذا كان أحد الزوجين لا يدين بالطلاق ولا ينظر إلا إذا كان كلاهما يدين بالطلاق :

إسلام الزوجين أو أحدهما

٢٢٠ - إذا أسلم الزوجان ، والنكاح صحيح في حكم الإسلام ، بقيا على زواجهما ، ولا يفرق بينهما ، لأنه ليس ثمة ما يوجب التفريق ، لأن

الزواج يكون صحيحاً عند المسلمين ، بحكم الإسلام عليه بالصحة إن صدر عن غيرهم ، وإذا كان الزواج فاسداً وقت إنشائه ، ولم يكن فيه اعتداء على حق مسلم ، ولكن وقت الإسلام كانا بحال يجوز إنشاء عقد الزواج فيها أقرا على زواجهما . كما إذا تزوجا بغير شهود ، أو في عقدة غير مسلم على الخلاف في ذلك . لأن الفساد لتخلف شرط للابتداء . وليس بشرط للبقاء ، ولأنهما يستطيعان إنشاء عقد الزواج في الحال ، فيكون من العبث الفسخ ثم الإنشاء .

وإذا كانا وقت الإسلام بحيث لا يمكنهما إنشاء الزواج كأن تزوجها في حال التطلق ثلاثاً ، قبل أن تزوج زوجاً غيره ، أو تزوج محرمة عليه على التأييد - يفسخ الزواج في هذه الحال ، وكذلك إذا جمع بين أكثر من أربع في عقد واحد ، أو جمع بين الأختين في عقد واحد . يفسخ زواجهما جميعاً . لأنه وقع باطلاً . واستمر سبب البطلان ، أما إذا تفرقت العقود يفسخ المتأخر دون السابق . وهذا كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد والشافعي لا تفسخ عقودهن إن جمعهن في عقد ، ولا يصح عقد السابقة ويظل سواه . بل يختار هو من يريد بقاءه لما روى أن غيلان أسلم وتحتة عشر من النساء . فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً ، وروى أن فيروز الديلمى أسلم وتحتة أختان ، فخيرته النبي ﷺ أيضاً .

وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف أن الجمع بين المحارم أو أكثر من أربع محرم لمعنى قصده الشارع الإسلامى وهذا المعنى يشمل المسلم وغير المسلم ، ولكن لا يتعرض له الحاكم رعاية لحرية الدينية . أما إذا أسلم فتطبيق حكم الإسلام يكون مستنداً إلى الماضي . فإذا كانتا أو كن في عقد واحد ، فهو باطل . فلا يصح بعد الإسلام . وإن تفرقت العقود كان الأول صحيحاً والآخر باطلاً . تطبيقاً لحكم المسلمين تماماً .

والأخبار الواردة يحتمل أن يكون التخير فيها بالعقد عليهن من جديد .

٢٢١- وإذا أسلمت الزوجة وحدها ، وفي الإمكان استئناف الحياة الزوجية بحكم العقد السابق ، إذ لا سبب لإبطاله - عرض على الزوج الإسلام ، فإن أسلم بقى الزواج كما هو ، وإن لم يسلم فرق بينهما ، إذ المسلمة

لا تحمل لغير المسلم ، ولا تفريق إلا بعد عرض الإسلام وإبائه ، ويكون سبب الفرقة هو إباء الزوج الإسلام ، وهذا مذهب الحنفية .
وقال الشافعي : إن كان إسلامها قبل الدخول فرق بينهما بمجرد إسلامها . وإن كان بعد الدخول لا يفرق بينهما ، إلا بعد انتهاء عدتها ، فإن أسلم في أثناء العدة بقيت الزوجية ، كما إذا أسلما معاً ، ووجهته في عدم عرض الإسلام أننا بعقد الذمة أمرنا بتركهم وما يدينون ، وكان التفريق في الحال قبل الدخول ، لعدم تأكد النكاح بالدخول ، أما في حال الدخول فقد تأكد النكاح ، فلا تم الفرقة إلا بعد انتهاء العدة ، ولا يقر بها في أثناءها ، نوجود السبب الموجب للافتراق .

وبحجة الحنفية ما روى أن امرأة فارسية أسلمت ، فأمر عمر رضي الله عنه بعرض الإسلام على زوجها ، ولم يفرق قبل العرض ، ولأن الزواج كان قائماً فلا بد من سبب للفرقة ، ولا يصلح الإسلام سبباً لها ، لأنه مقرر للحقوق ، لا قاطع لها ، ولا يصلح عدم الإسلام سبباً ، لأنه كان ثابتاً من قبل ، والإباء وحده هو الذي يصلح سبباً ، فكان لابد من تحققه بالعرض ، وليس في عرض الإسلام منافاة لعقد الذمة ، لأن منافاة العقد تكون في الإيجاب ، ولا إيجاب هنا .

والفرقة بإباء الزوج الإسلام طلاق عند أبي حنيفة ومحمد ، وفسخ عند أبي يوسف ، لأنه سبب يصلح أن يكون من المرأة ، إذا كانت مشركة وأسلم زوجها ، وكل سبب للفرقة يصلح أن يكون من المرأة إذا وقع من الرجل كان فسخاً ، لأنه إن وقع منها كان فسخاً ، فيكون منه فسخاً أيضاً ، إذ لا يعطى الشارع العمل الواحد حكيمين مختلفين .

وحجة الطرفين أن التفريق لإباء الزوج الإسلام بمنزلة إيقاع الطلاق ، لأنه بإسلامها وإبائه الإسلام يفوت الإمساك بمعروف ، فيتعين التسريح بإحسان ، وكان يجب أن يطاق ، فلما لم يفعل فرق القاضي بينهما ، كالتفريق للعيب وذلك طلاق ، فيكون التفريق للإباء طلاقاً أيضاً .

وعرض الإسلام على الزوج إذا كان بالغاً عاقلاً ، أو صغيراً مميزاً (١)

(١) وعرض الإسلام على العبد المميز هو الاستحسان ، لا القياس ، ولذلك قال صاحب

فإن كان صغيراً غير مميز انتظر حتى يصير مميزاً ، فيعرض عليه الإسلام ، وذلك لأن له نهاية معلومة فينتظر ، أما إذا كان الزوج مجنوناً ، فيعرض الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما كان مسلماً بإسلامه ، وإن لم يسلم واحد منهما فرق بينهما وإن لم يكن واحد منهما حياً أقام القاضى وصياً للخصومة وحكم بالتفريق في مواجهته .

٢٢٢- وإذا أسلم الزوج وزوجته كتابية بقي الزواج ، لأن المسلم له أن يتزوج بالكتابية ابتداء .

وإذا أسلم الزوج ، وزوجته غير كتابية . عرض عليها الإسلام أو الدخول في دين كتابي ، فإن فعلت بقي الزوج ، وإلا فرق بينهما وكانت الفرقة فسخاً ، وإذا انتقلت الكتابية من دينها إلى دين كتابي آخر بقي الزواج .

٢٢٣- وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى ثلاث مسائل :

أولها- أن من يسلم من الزوجين يكون له كل حقوق المسلم . فإذا أسلمت الزوجة وأبى هو الإسلام استحقت المهر إن كان قد دخل بها ، ونصف المهر إن لم يكن ، والمتعة إن لم تكن تسمية .. إلخ ، وإذا أسلم الزوج وامتنعت هي عن الدخول في الإسلام أو دين كتابي كانت له حقوق المسلم فتجب العدة ... وهكذا .

ثانيها- أن الإشهاد ليس بشرط لتحقيق الإسلام ، بل هو إجراء نظامي ليس بلامزم ؟

ثالثها- أن شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، كافية لتحقيق الإسلام ، بشرط ألا يكون منه أو منها ما يدل على بقاء الشخص على عقيدته الأولى ، وقد بينا ذلك ونصوصه عند الكلام على زواج المسلم من كتابية في المحرمات .

= المبسوطى ذلك « في القياس لا يفرق بينهما ، لأن الإباء إنما يتحقق موجباً للفرقة من يكون مخاطباً بالأداء ، والذي لم يبلغ ، وإن كان عاقلاً ، غير مخاطب بذلك ، ولكنه استحسن فقال : كل من صح منه الإسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه ، والصبي المميز يصح منه الإسلام إذا أتى به » .

إثبات الزواج

٢٢٤ - المقرر في الفقه الحنفي أن الإثبات يكون بواحد من ثلاثة ، هي :

(أ) البينة : وهي أقوى الحجج ، لأنها حجة متعديّة ، والثابت بها ثابت على الكافة ، ولا يثبت على المدعى عليه وحده ، بل يثبت عليه ، وعلى من يتعدى الحكم إليه ، ولها شروط مقررة في قسم المرافعات الشرعية ، ومن شره طها العدالة ، ولا يكون الشاهد من أصول المشهود له أو فروعه ، أو زوجته ، وأن يعاين المشهود به ، بيد أنه يجوز في الزواج أن يكون أساس الشهادة التسامح والشهرة ويستغنى فيه عن المعاينة .

(ب) الإقرار : وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى من يتعدى إليه الحكم بالبينة ، بل لابد من إثبات جديد .

النكول عن اليمين ، وهو عند أبي حنيفة بذل ، وعند الصاحبين إقرار ، ولذا يقول أبو حنيفة : أن اليمين لا توجه في دعاوى الزواج لأن المدعى عليه إن نكل كان نكوله بذلا ، والبدل لا يجري في الزواج وأشباهه .

وأما عند الصاحبين ، فإن اليمين توجه في الزواج ، لأن النكول عندهما إقرار لا بذل .

وعلى ذلك إذا تدعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج ، فدعى الرجل وجوده ، تسأل المرأة ، فإن أقرت ، قضى بالزواج وثبت بتصادقهما عليه . وإن أنكرت كان على الزوج البينة ، لأن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فإن عجز عن البينة ، وجهت اليمين إلى المرأة على رأى الصاحبين . فإن حلفت رفضت دعوى الزوج ، وكان هذا القضاء في الفقه الحنفي قضاء ترك لا يمنع المدعى من تجديد الدعوى إن وجد البينة إذ القضاء بالحلف قضاء ترك على ما هو مقرر في الفقه .

وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج ، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المقتضى به في الفقه الحنفي .

ولقد تكلم الفقهاء في إقرار ولي القاصر ، أيعتبر ؟ إن المقرر من أن الولي يكون خصما عن المولى عليه ولكن لا تسرى أقاريره عليه ، لأنه نائب عنه

فيها هو من مصلحته ، والإقرار ليس من مصلحته ، ولكن الفقهاء أجازوا صحة إقرار الولي على النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه ، لأنه إقرار بتصرفه ، وإقرار الإنسان بتصرفه جائز ، هذا مقرر عند الصاحبين قولاً واحداً ، أما عند أبي حنيفة فقد اختلف النقل عنه ، فقيل إنه يمنع الإقرار حال الولاية وبعد انتهائها ، وقيل إنه يمنعه بعد انتهائها ، ويتفق مع الصاحبين حال قيامها (١) .

٢٢٥ - وما جاء بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ من طرق لإثبات الزواج لا يتفق من كل الوجوه مع الفقه الحنفى ، ونبينه فيما يلي لأنه المعمول به .
إذا كان المدعى عليه مقراً بالزوجية ثبتت ، سواء أكان ذلك في حياة الزوجين أم كان بعد وفاتها أو وفاة أحدهما .
وإذا كان منكراً فهنا يختلف الحكم بحسب المدة التي وقع فيها الزواج موضوع الخصامة ، والمدد أربع هي :

(أ) المدة قبل سنة ١٨٩٧ . (ب) المدة بين سنة ١٨٩٧ وأول ١٩١١
(ج) المدة بين أول سنة ١٩١١ وآخر يولية سنة ١٩٣١ ، (د) المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، فحوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت عند الإنكار بالبيينة ، بشرط أن يكون الزواج معروفاً بالشهرة العامة ، سواء أكانت الدعوى في حياة الزوجين أم بعد وفاتها ، لأنه إن لم تكن ثمة لائحة قيدت سماع الدعوى ، فبقيت قواعد الإثبات فيها ، كما هي في الفقه .
وحوادث الزواج التي كانت بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ يثبت

(١) قد بين ذلك صاحب الفتح فقال : « إقرار الولي على الصغير أو الصغيرة بالانزويج لا يصدق فيه عند أبي حنيفة أو يدرك الصغير فيصدقه وعندهما يثبت النكاح بإقراره قال المصنف من أستاذة الشيخ حميد الدين ، إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرها فإن إقراره موقوف إلى بلوغها ، فإذا بلغا وصدقها ينفذ إقراره ، وإلا يبطل وعندها ينقض في الحال ، وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقره الولي . أما لو أقر الولي بالنكاح في صغره صح إقراره .
ويؤخذ من هذا أن الصاحبين يريدان أن إقرار الولي حجة ، سواء أكانت الدعوى في حال الصغر أم كانت في حال الكبر ، وأن أبا حنيفة يخالفهما في الحالين في بعض الروايات ، وفي حال الكبر فقط في رواية أخرى .

الزواج فيها بالبينة وسائر طرق الإثبات في الفقه الحنفي ، إذا كانت الدعوى في حياة الزوجين ، فإن كانت بعد وفاة أحدهما ، فلا بد لسماع الدعوى عند الإنكار من أن يكون لدى المدعى أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على الزواج ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ أجازت سماع هذه الدعاوى عند الإنكار على هذا الشكل ، فبقيت تلك الإجازة إلى أن جاءت لائحة سنة ١٩١٠ .

وفي حوادث الزواج التي كانت بين أول سنة ١٩١١ وآخر يولية سنة ١٩٣١ يثبت الزواج عند الإنكار بالبينة وسائر طرق الإثبات في المذهب الحنفي فتسمع البينات وتوجه اليمين عند العجز في حياة الزوجين . وإذا كانت الدعوى بعد وفاة أحدهما فلا تسمع الدعوى عند الإنكار ، إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو بأوراق كانت مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه وذلك لأن لائحة سنة ١٩١٠ أجازت سماع دعاوى الزواج المستوفية لذلك للشكل ، فبقى ذلك الحق لمن كان زواجهم سابقاً على لائحة سنة ١٩٣١ .

وأما حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ فهي خاضعة للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وهو يقضى بالألا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث التالية لصدورها .

٢٢٦ - وظاهر من هذا أن دعوى الزواج لا تثبت بعد آخر يولية سنة ١٩٣١ إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج ، أو يقر بها المدعى عليه في مجلس القضاء ، فإن كان الإقرار سابقاً عليه فلا بد من إثباته بوثيقة رسمية ، سواء أكانت دعوى الزوجية مجردة أم في ضمن حق آخر . كنفقة أو طاعة أو ميراث ، وقد بنى ذلك المنع على ما لولى الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية (١) وقد ذكرت هذه المذكرة في آخرها أن دعوى النسب باقية على حكمها المقرر ، وهذا لفظها :

(١) من المستحسن أن ننقل المذكرة الإيضاحية بنصها في هذا الجزء ، وها هي ذى ، من للقواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان ، والمكان . والحوادث والأشخاص وأن لولى =

« وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ١٠١ من اللائحة القديمة »

فهذا النص يوهم أن النسب يستمر الإثبات فيه بالطرق المقررة في الفقه الإسلامي من حيث الإثبات بالشهادة واليمين عند من يجيزها في مثل هذه الأحوال والنكول عنها .. أى أنه لا يحتاج ثبوت النسب عند الإنكار إلى وثيقة رسمية .

ولإننا نقر المذكورة في ذلك إذا كان ثبوت النسب أساسه الدعوى أو نحوها ولم يكن أساس الإثبات فيه فراش الزوجية ، وذلك لأن الدعوى وحدها كافية لإثبات النسب ، فإذا قام الدليل عليها فقد ثبت ، وكذلك إذا كان أساس النسب دخولا بشبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الزنى ، فإن أساس

= الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى ، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس . وصيانة الحقوق من العبث والضياع . وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك ، وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة واشتملت لائحتنا سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص ، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما ، وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد تبين مالها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسرة ، إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاجتياط في أمره ، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ، ثم يحدها أحدهما ، ويهجر الآخر من إثباته أمام القضاء . وقد يدعى بعض ذوي الأهراض الزوجية زوراً وهتافاً . أو نكايته وتشهيراً أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود ، وخصوصاً أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج ، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً ، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا المقعد بوثيقة رسمية ، كما في عقود الرهن ، وهي أقل منه شأنًا . وهو أعظم خطراً ، فحملاً للناس على ذلك ، وإظهاراً لشرف هذا المقعد ، وتقديساً له عن الجحود والإنكار ، ومنعاً لهذه المفاصد العديدة زيدت الفقرة الرابعة في المادة ٩٩ - وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسع عند الإنكار من أول أغسلس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة ، ووثيقة الزواج الرسمية هي التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقاً للمادة ٢٣٢ كالتقاضى والمأذون في داخل القطر ، وكالقتصل في خارجه .

وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب ، بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ١٠١ من اللائحة القديمة .

النسب فيه واقعة لم يقيد القانون طريق إثباتها بل تركه للمقرر في الفقه من طرق الإثبات ، وعلى القاضي أن يراعى ملاسبات الأحوال .

أما إذا كان أساس النسب هو فراش الزوجية فإن النسب لا يثبت إلا إذا ثبتت الزوجية ، فالدعوى في هذه الحال تتضمن لا محالة دعوى الزوجية ، فيجب أن يجرى لإثباتها على ما سنه القانون وتتقيد بقيوده ، إذ أن نص القانون يشمل كل دعاوى الزوجية سواء أكانت في ضمن حق أم لم تكن ، بل إن غالب دعاوى الزوجية تكون في ضمن حق آخر ، كطلب المهر أو النفقة أو الطاعة أو الميراث أو النسب ، وإذا كانت دعوى النفقة بسبب الزوجية ترفض إذا كانت الزوجية محل إنكار ، ولم تثبت بوثيقة رسمية ، فكذلك ترفض دعوى النسب إذا كانت بسبب فراش الزوجية فقط ، وأنكر الزوجية ولم تستطع إثباتها بوثيقة رسمية بمقتضى منطق القانون ، ولا يجوز التفريق بين النسب وغيره من آثار الزوجية إذا كان أساس الدعوى فيه فراش الزوجية الصحيحة فقط .

لهذا ، نحن نقول : إنه إذا كانت عبارة المذكرة الإيضاحية مؤداها قبول لإثبات النسب على فراش الزوجية بالبين واليمين والنكول . فلإنها تكون معارضة لنص القانون وعمومه ، بل إنها تكون مناقضة لغرضه ومرامه الذي يبينته وذكرت أن منه منع المفاسد ، وصيانة الحقوق ، واحترام روابط الأسرة ، وقطع السبيل على ذوى الأغراض الفاسدة ، ومنع الزور والبهتان ، ولاشك أن ذلك كله بالنسبة للنفقة والطاعة والمهر لا يعد شيئاً بالنسبة للنسب الدائم الثابت ، وهو ثمرة الزواج وغايته ، فإذا كان الاحتياط استلزم التشديد في إثبات الزوجية التي تثبت الطاعة والنفقة ، فأولى أنه يجب التشديد في إثبات الزوجية التي تثبت النسب من تلقاء نفسها من غير دخول .

وإذا تقدمت امرأة تطلب لنفسها بسبب الزوجية ولايتها للذى رزقته على فراش الزوجية فأنكر الرجل الزوجية وثبت النسب ووجوب النفقة ، ولا سبيل لإثبات النسب إلا بالزوجية . فهل تثبت الزوجية بشهادة الشهود ، ويثبت النسب بناء عليها ، ويقضى به ، ولا تسمع دعوى هذه الزوجية نفسها بالنسبة لنفقتها ، ويتم ذلك في قضية واحدة .

إن منطق القانون يوجب التسوية بين دعوى النفقة والطاعة والمهر والميراث بالزوجية ، ودعوى النسب إذا كان أساسه الزواج الصحيح وحده كما هو الفقه والقانون ، أما إذا كان سبب دعوى النسب غير ذلك ، فإنه تجرى عليه وسائل الإثبات الشرعية ، إذ لا نص يمنع .

وقد يقول قائل : إن النسب يحتاط له لأجل الولد . فنقول في الجواب عن ذلك إن إثبات النسب وحده تتسع طرقه ، ويكفي ذلك احتياطاً ، ومن طريقه أن يثبت بالدخول الذي لا حد فيه ، أما إذا أراد أن يثبت النسب بناء على أن العقد الصحيح وحده سبب ثبوته ، فهنا لا تثبت الزوجية إلا بما أوجبه القانون .

وإن القوانين القائمة لا تجعل الزواج وحده سبباً لثبوت النسب ، فقد اشترطت المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٢٩ لسماع دعوى النسب لولد الزوجة عند الإنكار ألا يثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، وكذلك الحكم بالنسبة لولد زوجة أنت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها . فنجد هنا القانون لا يجعل العقد الصحيح وحده كافياً لثبوت النسب ، بل لابد من إمكان الدخول على ما سنبين في موضعه .

وإذا كان كذلك ، فاحتياطاً للنسب أن يبينه مدعيه على الإقرار به أو على الدخول المسقط للحد المأخوذ للجريمة ، لا على مجرد العقد الصحيح ، فإذا أرادت الزوجة إثبات نسب ولدها في عقد زواج لم يكن بوثيقة شرعية تدعى الدخول بناء على عقد صحيح شرعاً ، وتثبت دعواها . فتسمع على الدخول أو الحلوة دون الزواج أو تدعى الإقرار بنسب الولد .

القِسْمُ الثَّالِثُ

إنهاء الزواج

٢٢٧ - الفرقة بين الزوجين قد تكون طلاقاً يحسب من عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته بمقتضى عقد النكاح ، وقد تكون فسخاً ينفصل بمقتضاء الزوجان من غير أن يعد طلاقاً ، وتحسب إذا استأنف حياة زوجية جديدة .

والفرق بين الفسخ والطلاق ليس مقصوراً على احتساب الفرقة من عدد الطلاقات وعدم احتسابها بل الفرق بينهما في حقيقتهما التي انبنى عليه ذلك ، فإن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج ، وتقرير الحقوق السابقة ، وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح ، وهو من آثاره التي قررها الشارع ، حتى لو عقد الزواج ، واشترط ألا يطلق الزوج زوجته كان الشرط لغوياً ، لأنه شرط فاسد ، إذ هو مناف لمقتضى العقد .

أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح ، أو يكون تداركاً لأمر اقترن بالإنشاء ، جعل العقد غير لازم ، ومثال الأول ردة أحد الزوجين ، أو يكون من أحدهما ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومثال الثاني الفسخ بخيار البلوغ أو الإقامة وأسمى الخيارين الفسخ بخيار الإدراك .

والفسخ على ذلك ، ينقسم إلى قسمين (أحدهما) فسخ يكون كنقض العقد من أصله (وثانيهما) فسخ لا ينقض العقد من أصله ، والقسم الأول ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء الزواج ، وذلك هو الفسخ بخيار الإدراك والفسخ لعدم الكفاءة على رأى من يرى أن العقد ينعقد صحيحاً ، ويكون غير لازم ، والفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل على رأى أبي حنيفة فإن الفسخ في هذه الأحوال كلها يتصل بأمر اقترن بإنشاء العقد ، لأن الباعث عليه أمر يتعلق بإنشاء العقد ، فشرعية خيار الإدراك ، لتدارك ما عساه يكون قد فات الولي الذي لم تكن شففته كاملة والفسخ لعدم الكفاءة ، ولنقصان المهر عن المثل قد شرع لتدارك ما صاحب العقد من ضرر بالولي .

أما القسم الثانى ، وهو الفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد من أصله : فهو الفسخ لعارض يمنع بقاء النكاح ، أى يمنع الحل بين الزوجين فيتعين التفريق كالفسخ لإبائها الدخول فى الإسلام ، أو أى دين كتابى إذا كانت غير كتابية وأسلم زوجها ، والفسخ لوجود حرمة مصاهرة لم تكن وقت الإنشاء ، والفسخ لردة الزوجة ، أو لردة الزوج (١) والفسخ للعان .

والفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله وغيره يظهر فى أمرين :

(أحدهما) أن الفرقة التى تعد كنقض للعقد لا توجب شيئاً من المهر ، إن لم يتأكد بمؤكد من مؤكداته ، سواء أكانت من قبل الزوجة أم كانت من قبل الزوج ، لأن العقد كأنه نقض من الأصل ، والمهر حكم من أحكام العقد فيسقط إذا لم يكن ما يؤكد ، أما الفرقة التى تكون فسخاً لا ينقض العقد من أصله ، فلإن كانت من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله ، وإن كانت من قبل الرجل ففيها نصف المهر .

(ثانيهما) أن التى فسخ زواجها بما هو كنقض العقد لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإذا استأنفا حياتهما الزوجية لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات ، لأن الطلاق أثر العقد ، وقد نقض فلا يثبت طلاق ، أما الفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد من أصله فيلحقها الطلاق فى العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكناً ، فن ارتدت مثلاً ، وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة ، فإذا طلقها فيها واستأنفا حياتهما الزوجية بعد ذلك احتسب ذلك من الطلقات .

هذا والفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد ينقسم إلى قسمين ، (أولهما) فسخ يمنع الزواج على التأيد ، وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحریم

(١) اتفق الفقهاء فى المذهب الحنفى على أن ردة الزوجة تكون فسخاً ، واختلفوا فى كون ردة الزوج تكون فسخاً فقد قال محمد ، أنها تكون طلاقاً ، لأنها أمر جاء من قبله باختياره فتكون طلاقاً ، وقال الشيوخ أن تكون فسخاً لامتناع الحل ، إذ لا يمكن بقاء الزواج . وامتناع الحل لا يمكن أن يعد طلاقاً .

- ٢٧٩ -

بين الرجل والمرأة على التأبيد ، كأن يقع منه لأصلها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو يقع منها ذلك لأصله وفروعه .

والقسم الثاني فسخ يمنع الزواج على التأقيت ، وهو الفسخ الذي يكون سببه تحريماً مؤقتاً بين الزوجين كالردة واللعان .

هذا ، والفسخ الذي يكون كنقض للعقد من أصله يكون في أكثر أحواله محتاجاً لقضاء القاضي ، لأنه يكون مبنياً على أمور هي محل تقدير بين يدي القضاء ، فالكفاءة ومهر المثل أمور هي محل تقديرها إلى حين فصل القضاء ، وقد بينا وجه احتياج خيار الإدراك إلى قضاء القاضي عند الكلام على ذلك في الولاية .

أما الفسخ بسبب حدوث ما يوجب التحريم ، فإنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي .

الطلاق

٢٢٨ - الطلاق في اصطلاح الفقهاء ، رفع قيد النكاح في الحال ، أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها ، وهو على هذا التعريف قسمان : قسم يرفع النكاح في الحال ، وقسم يرفعه في المآل ، أما القسم الأول فهو الطلاق البائن ، فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال ، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين ، سواء انتهت العدة أم لم تنته .

وأما القسم الثاني : فهو الطلاق الرجعي ، فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه ، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة ، وفي أثناء العدة لم يرتفع النكاح . فله أن يراجعها ، رضيت أو لم ترض ، ولكن تحتسب المطلقة من الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته ، وهي الثلاث .

٢٢٩ - هذه حقيقة الطلاق ، وقبل أن نخوض في بيان أحكامه نذكر كلمة موجزة في حكمة مشروعيته على الوجه الذي شرع في الشريعة الإسلامية . إن الزواج في الشريعة الإسلامية ، كما هو في كل الشرائع المنزلة عقد

أبدى ، ولذلك ، لا ينعقد على وجه التأقيت على ما بينا عند الكلام فى إنشائه ، فهو عقد شرع للبقاء والاستمرار .

ولكن لا يكفى فى بقاء عقد الزواج مؤبداً أن تشرعه الشريعة مؤبداً ، لىبقى صالحاً ، بل لابد لذلك أن تكون المودة بين الزوجين قائمة ، إذ العلاقة الشخصية بينهما هى الصلة التى تبقى الحياة الزوجية صالحة فىبقى بها ؛ ولذلك حرص الشارع على بقاء هذه المودة ، وحث على حسن العشرة ، ودعا إلى الرفق والتآلف ، وشرع شرعة الحكمين عندما ينجم بينهما الخلاف ، فقال تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها ، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً » وإن الحكمين القريبين لهما أو غير القريبين من ذوى المروءات هما اللذان يستطيعان أن يجتثا بذور النزاع ، ويعيدا المودة إلى سابق صفوها إن كان ذلك فى الإمكان .

ولكن قد تتنافر القلوب ، ثم تستحكم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة بتحكيم أو بغير تحكيم ، وفى هذا الحال لابد من اختيار واحد من أمور ثلاثة :

(أولها) البقاء مع النفرة فيعيشان معاً ، والضغينة والبغض والحقد بينهما ، وهذه حال لا يمكن اختيارها ، وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها ، وإن بقيت فليست من صالح الأسرة فى شىء .

(ثانيهما) الفراق الجسدى ، والزوجية قائمة ، فتصير المرأة كالمعلقة ، لا هى زوجة ، ولا هى مسرحة بالمعروف ، فيغنيها الله من سعته .

(ثالثها) الطلاق برفع قيد الزواج ، وقد صار غلا ونقمة ، وهو فى أصله النعمة .

ولاشك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك فى هذه الحال طريق الطلاق والطلاق حينئذ ضرورة لابد منها .

ولكن قضية الطلاق مع ضرورته فى بعض الأحوال أخذت دوراً من الجدل بسبب أن بعض الطوائف تحرمة ، ولقد ذكر بنتام فى كتاب أصول الشرائع ضرورة الطلاق ؛ فقال :

« إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان ، والملائم لحاجته ، والأوفق لأحوال الأسرة ، والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنساني . ولكن إن اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه ، ولو حلت قلوبهما الكراهة محل الحب لكان ذلك أمراً منكراً . لا يصدق أحد من الناس ، على أن هذا موجود دون أن تطلبه المرأة ، إذ القانون يحكم به ، فيتدخل بين العاقلين حال التعاقد ، ويقول لهما أنهما تقرنان لتكونا سعداء ، فلتعلما أنكما تدخلان سجيناً ، سيحكم غلق بابه ... ولن أسمح بخروجكما ، وإن تقاتلتما بسلاح العداوة والبغضاء ... إن أقبح الأمور وأفظعها عدم انحلال ذلك الاتفاق ، لأن الأمر بعدم الخروج في حالة أمر بعدم الدخول فيها ، لا فرق في ذلك بين زواج وخدمة وبلد وصناعة وغيرها ، ولو كان الموت وحده هو المخلص من الزواج لتنوعت صنوف القتل ، واتسعت مذاهبه . »

٢٣٠ - لابد أن يكون الطلاق عند استحكام النفرة ، ولكن من الذى يملكه ؟ أم يملكه القاضى أم يملكه الزوجان مجتمعين ، أم يملكه أحدهما منفرداً ، الزوج ، أو الزوجة ؟ لأشك أن العقول تتفق على أن الزوجين إن ارتضيا الفراق يجب تقريره لأنه من المقرر أن كل عقد يتفق الطرفان فيه على إنهائه يجب أن ينتهى ، ولأنهما لا يتفقان إلا حيث تتعذر الحياة الزوجية ، وإن كان ثمة ملاحظة فهي أنه يجب ألا يكون لنوبات الغضب العارضة أثر في الحكم ، ولكن ذلك أمر نفسى لا يناط بأحكام القضاء ، وقد احتاط الإسلام لذلك .

بقى الأمران الآخران ، وهما ملكية القضاء وحده للطلاق في غير حال اتفاقهما .

قد يقول قائل ، إن الطريقة المثلى إذا كان الزوجان غير متفقين في أمر الطلاق أن يكون بيد القاضى ، وليس لأحدهما أن ينفرد به ، لأن القاضى ناظر غير متحيز ، ولأن العقد الذى ينشئ حقوقاً لازمة لا تبطله الإرادة المنفردة ، ولأنه لو جعل بيد أحدهما لانقسم العقد بنوبة غضب عارضة فإذا جاء الندم كان في غير وقته .

وإن لذلك القول مكاناً من الفكر ، وأخذت به شرائع ولكنه لا يستقيم إلا إذا كانت أمور النفوس وخفايا القلوب يمكن أن تثبت بالدليل الظاهرى

لأن القاضي لا يقضى إلا بما تثبته الأمارات والبيّنات . ثم إن القضاء إنما ينظر فيما هو حق أو ظلم ليقر الحق ويمنع الظلم والمسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظلم ومظلوم . إنما هي صلاحيتها للبقاء ، بإمكان استمرار المودة ، أو عدم صلاحيتها . فثلاً إذا تقدم الزوج طالباً الطلاق . لأنه أصبح ينفذ زوجته وأن حبلى المودة قد تقطع بينهما . وأنه حاول إصلاح الأمر ، فلم يفلح ، أفطلق القاضي أم لا يطلق ، لاشك أن الطلاق في هذه الحال أمر لا بد منه ، ولكن ما الفرق بين إيقاع القاضي الطلاق وإيقاعه هو ؟

وإذا كان سبب الطلاق أمراً غير الحب والبغض فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنشر دخائل الأسر في دور القضاء ، وتسجل في سجلاته ، ومنها مالا يسوغ إعلانه ، وإن ما بين الزوجين أمور يظلمها السر ، ولا يصح أن يكشفها الإعلان .

٢٣١ - لم يجعل الإسلام الطلاق في يد القاضي إلا إذا كان يطلب المرأة وجعله بيد الزوج ، وقد احتاط للأمر ، لكيلا يقع تحت تأثير غضب جامع ، فقيد الطلاق المشرع بطلاق السنة ، وقد لوحظ فيه أن يكون في أحوال وفترات زمنية متباعدة ، بحيث يكون الإصرار عليه مع هذه الأحوال . ومع وجود فرص للرجوع في أزمان متعاقبة دليلاً على انقطاع المودة ونفرة القلوب لاسيلاً إلى جمعها .

وقد يقول قائل : إن الشارع الإسلامي أهمل ناحية المرأة ، وقد تكون هي الأخرى لا تطيق زوجها بغضاً فكان المنطق يتقاضانا أن يكون لها الافتراق من زوجها .

ونقول : إن ذلك الاعتراض وارد لو كان الشارع الإسلامي أهمل المرأة وشعورها ، لكن الشارع لم يهملها ، بل جعل لها بمقتضى ما استنبطه كثيرون من فقهاء المسلمين ، الحق في طلب التفريق إذا تضررت من زوجها . وثبت أنه يؤديها بما لا يليق بأمثالها ، بل أجاز مالك - إذا ثبت النشوز من قبلها ، وقالت إنها لا تطيقه بغضاً - أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكّمين ، على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من مال ، فقد جاء في المدونة ما نصه :

« قال مالك في الأمر الذي يكون فيه الحكمان ، إذا فتح بين الرجل والمرأة حتى لا يشبته بينهما بيعة . ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما ، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ، ورجلا من أهلها ، فنظرا في أمرهما واجتهدا ، فإن استطاعا الصلح ، أصلح بينهما ، وإلا فرق بينهما ، وإن رأيا أن يأخذ من مالها ، حتى يكون خلعا فعلا .

وترى أن الخلع يجوز أن يكون بأمر القاضي إذا كانت لا تريد البقاء ولقد قال ابن رشد في توضيح ذلك :

« الفقه أن الفداء (أى الطلاق على مال) إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (١) ولكن لا بد أن يسبق ذلك النوع من الخلع تحكيم الحكيم .

بقى أن يقال ، لم فرق بين الرجل والمرأة ، فأجيز للرجل الطلاق من غير حاجة إلى القضاء ، وأجيز للمرأة بشرط القضاء ، والجواب عن ذلك مشتق من طبيعة المرأة والرجل ، ومن وجود تبعات تحمل الرجل على التفكير والتقدير ، ومن طبيعة الطلاق من حيث إنه ثبت للضرورة أو الحاجة .

إن المرأة تحكمها العاطفة ، وتلك ميزتها وفضيلتها ، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطيرة قد تضر ، والطلاق أخطر ما يكون بين الرجل والمرأة تغضب فتنظن أن صفحة حياتها قد أصابها كدرة لابقاء معها ، وأن البيت صار أضيّق على نفسها من كفة الحابل ، فلو جعل الطلاق في يدها ما نظرت في عواقبه ، في مثل هذه الحال من التأثير (٢) وإن الرجل بما أنفق في سبيل هذا الزواج من مال وبما ألقى عليه من تبعات ، وبما له من حرص على أولاده الذين ينسبون إليه هو ، وبما يعقبه الطلاق من عواقب - يفكر ، ويقدر قبل

(١) راجع بداية المجهّد الجزء الثاني ص ٥٦ ، والفرك البغض ، أو البغض بين الزوجين خاصة ، والفعل فرك يفرك من باب فرك ، وورد شاذاً من باب نصر .

(٢) لوحظ أن النساء اللاتي تكون عصتهن بأيديهن بمقتضى إجازة المذهب الحنفي للتفويض قبل تمام العقد فيكون لمن أن يطلقن أنفسهن - يطلقن لأنفسهن .

الإقدام ، فيوازن بين التبعات المترتبة عليه ، والحاجة الدافعة إليه ، فإن رجحت الأولى على الثانية أبى أهله ، وإن رجحت الثانية على الأولى طلق .

٢٣٢ - إلى هنا انتهينا إلى أن الطلاق بيد الرجل ، وهو حق له ظاهراً ، وسيترتب عليه مضار تعود عليه ، وهو سيوازن بين ما سيدعو إليه ، وبين آثاره ، وإن المرأة إن وجدت أسباب الفراق عندها رفعت أمرها إلى القضاء .

ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل ، واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه قد اختلفوا في الأصل في الطلاق ، أهو الحظر ، أم الإباحة ولقد قال المحققون من الفقهاء ، أن الأصل في الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه ، لقوله تعالى : (فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً) ولا شك أن الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغى عليها ، واتخاذ سبيلاً للفراق الظالم حمق ، وقد روى أبو داود أن النبي ﷺ قال : « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق وقد روى أنه قال : « لا تطلقوا النساء إلا من رية ، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات » .

هذا ، وإن الزواج نعمة ، والطلاق قطع له . وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها . وأيضاً فإن الزواج عقد أبدي لازم . والقياس لا يوجب ألا ينهيه أحد العاقلين بإرادته المنفردة . ولكن أجزى للحاجة فقط ، فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع .

ويحتج الذين يرون أن الأصل في الطلاق الإباحة (١) بقوله تعالى : « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ونفى الجناح معناه نفي الإثم وذلك يقتضي الإباحة (٢) بأن أصحاب النبي ﷺ كانوا يطلقون ولا يسألون عن وجه الحاجة .

ويجيب على ذلك بأن نفي الجناح في الآية إنما هو منصب على الطلاق قبل التسمية والدخول ، فالقيد هو الملاحظ ، لأن نفي شيء مقيد بقيد يكون القيد ملاحظاً في النفي ، فهو منصب عليه ، وإن طلاق أصحاب النبي ﷺ لا يمكن أن يكون لغير حاجة . والحاجة التي يباح لها الطلاق هي الحاجة النفسية ونحوها ، مما لا يقع تحت سلطان القضاء .

٢٣٣- وقد انبنى على الخلاف في أصل الطلاق خلاف بين المحاكم الوطنية في شأن تعويض المطلقة . فإن بعض المحاكم الوطنية حكم بالتعويض لأن من يطلق من غير حاجة أساء استعمال الحق ، إذ الأصل في الطلاق الحظر . ولا يباح إلا عند الحاجة . وما دام الرجل لم يبين سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقاً ، أو على الأقل أساء استعمال حقه ، بل يزيد بعضهم فيقول ، إن من يطلق من غير سبب عليه تبعة مشتقة من عقد الزواج نفسه . فستوليته المدنية مسئولية تعاقدية ، أى أنها مشتقة من طبيعة العقد نفسه .

والمحاكم التى سلكت هذا المسلك كانت هى الأقل عدداً ، وكان رأى أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية ، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة . والحق أن الأصل هو الحظر ، ولا يباح إلا للحاجة ولكن هذه الحاجة تكون نفسية . وقد تكون مما يجب ستره ، وهى في كل أحوالها ، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً . وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق لو كان ثمة شرط يوجب التعويض . إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى . والحاجة التى تلزم ليست حاجة تجرى عليها وسائل الإثبات كما قلنا .

والمسئولية التعاقدية على قدر ما تفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج أى من مقتضاه في الشريعة ، وطبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر ثابت . لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت ، إلا أن يكون لها مؤخر صداق أو نجب المنعة . ولا تعويض يجب للمطلقة ، والأمر في الزواج على الأخلاق والدين ، ولا يغنى عنهما شئ .

وقد ادعى بعض الناس أنه أسئ استعمال الطلاق وأنه بهذا يهدم الأسرة ولكن آخر إحصاء أن الطلاق نسبة عدده إلى الزواج ١٣٪ وهو إحصاء سنة ١٩٥٥ ونخصم عدد الرجعات ، وعدد الطلاق قبل الدخول وهو من المصلحة إذ هو دواء ، ثم يخصم الطلاق بتراضى الزوجين ، لا يصل الباقى إلى ٣٪ وهى نسبة ضئيلة . ومع ذلك اقترح في مشروع سنة ١٩٥٦ أنه إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة هى نفقة سنة بعد انتهاء العدة ، وتقطع إذا تزوجت .

٢٣٤ - السنة في الطلاق والبدعة : والطلاق مع أنه بيد الرجل كما قلنا مقيد بأن يكون للحاجة ، والشارع لم يترك الأمر لتقديره من كل الوجوه ، بل سن سنة في الطلاق لو اتبعت على وجهها ما كان طلاق إلا حيث الحاجة النفسية الحقيقية ، وسمى الفقهاء الطلاق في هذه الحدود طلاق السنة ، أى الذى جاء على طريقة السنة ، وسموا غيره بدعة .

وطلاق السنة ، وهو المشروع مقيد بقيدتين :
(أحدهما) زمانى ، وهو أن يكون إيقاع الطلاق في حال طهر الزوجة .
لا في حال حيضها . وأن يكون هذا الطهر لم يدخل بها فيه ، ولا في الحيض قبله فالطلاق في الحيض بدعة ، إذ يروى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فبلغ رسول الله ﷺ فقال : يا بن عمر ، « ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر » .

وإنما كان ذلك القيد الزمنى . لأن تطليقها في طهر لم يدخل بها ، ولا في الحيض قبله تطليق في وقت تكون النفس فيه رغبة هادئة ، فإذا طلق في هذه الحال كان التطليق دليلاً على استحكام النفرة ، فجعل ذلك الأمر الظاهرى دليلاً على هذه الأحوال الباطنية (١) .

(ثانيهما) يتعلق بالعدد والوصف ، وذلك بألا يطلقها إلا طليقة واحدة رجعية في الطهر الواحد ، ويتركها حتى تنتهى عدتها ، ويسمى هذا طلاق السنة الأحسن ، ووجد عند الحنفية طلاق السنة الحسن ، وهو دون هذا في الرتبة ، وذلك بأن يطلقها في استقبال كل طهر طليقة واحدة رجعية ، حتى تنتهى الطلقات الثلاث في مدة العدة .

(١) يلاحظ هنا الأمور الآتية : (أ) أن هذا القيد ، إنما هو في المدخول بها ، أما غير المدخول بها ، فإنه يطلق في الطهر والحيض على سواء .
(ب) أن يجوز تطليقها إذا كانت حاملاً في الطهر الذى دخل بها فيه ، لأن طلاقها وهى حامل - والحمل من شأنه أن يرغب في البقاء إذا كانت حاملاً دليل على أن النفرة مستحكمة .
(ج) أنه إذا كانت للمرأة إرادة في الطلاق لا يقيد بهذا القيد ، فإذا كان الطلاق على مال أو كانت هى المفوضة في الطلاق فإن الطلاق في الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه يكون على طريقة السنة ، وكذلك الطلاق بحكم القاضي . (د) الفسخ بخيار الإدراك لا يقيد أيضاً بهذا القيد . فإذا وجد سببه وقت الحيض جاز طلب الفسخ .

ونرى من هذا ، أن الحنفية يعتبرون طلاق السنة بالنسبة للعدد مرتبتين : إحداهما الأحسن ، ويكون واحدة لا يتجاوزها ، حتى تنتهى العدة ، والحسن يتكرر في ثلاثة أطهار ، وحجتهم في اعتبار القسم الأخير من السنة أنه ورد في بعض الروايات أن النبي ﷺ قال لابن عمر : « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا ، فتطلقها لكل طهر تطليقة (١) » .

ويلاحظ أن وصف الطلقة بأنها رجعية لا تكون إلا في المدخول بها ، لأن غير المدخول بها يكون طلاقها بائناً دائماً ، فغير المدخول بها لا تكون السنة بالنسبة لها في غير العدد ، فلا يطلقها للسنة إلا واحدة .

٢٣٥ - هذان أمران حددتهما الشريعة ، لكي يكون الطلاق متفقاً مع الحاجة النفسية ، وسمى الطلاق في هذه الحال طلاق السنة ، أى الطلاق على طريقة السنة ، وغيره بدعى .

وإذا خالف المطلق ذلك الطريق المسنون « فقد اتفق الفقهاء على أنه يكون آثماً ، ولكن هل يقع الطلاق مع هذا الإثم ؟ قال الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب يقع ، وقال الشيعة الإمامية ، وجمع من المحققين ، منهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : إن البدعى من الطلاق لا يقع ، وحجتهم في ذلك مستمدة من الآثار ، وأقوال الصحابة والتابعين ، ومن ذلك قول ابن عمر وقد سئل في رجل طلق امرأته وهي حائض : « لا يعتد به » وقد روى أن عبد الله بن مسعود كان يقول : « من أتى الأمر على وجهه . فقد بين الله له ، وإلا فوالله مالنا طاقة بكل ما تحدثون » والآثار في ذلك مستفيضة .

ولقد قال ابن القيم في تأييده هذا الرأي والرد على اعتراضات المعترضين عليه : « (١) قال المانعون وقوع الطلاق المحرم لا يزول النكاح المتيقن إلا

(١) وقد خالف الحنفية في هذا - المالكية والحنابلة والشافعية . فالمالكية والحنابلة لا يعتبرون السنة إلا في الطلقة الواحدة الرجعية وتركها حتى تنتهى عدتها وما عداها بدعة ، لأن السنة لم تبين إلا هذا ، ولأن الطلاق للحاجة ، والحاجة تدفع بالواحدة الرجعية ، وينتظر حتى تنتهى عدتها ، فالثانية ، والثالثة ، ولو كانت كل واحدة في طهر كانتا من غير حاجة إليها . فتكونان بدعة . وأما الشافعية ، فلم يعتبر البدعة إلا في الوقت ، ولم يعتبر بدعة في العدد ، لأن موضع النهي في حديث ابن عمر إنما هو الطلاق في وقت الحيض ، أو في طهر جامعها فيه ، لكي تثبت الحاجة إلى الطلاق ، وبعد ثبوت الحاجة يكون تقديرها للمطلق .

يقيين مثله من كتاب أو سنة أو إجماع مستيقن . فإذا وجدتم واحداً من هذه الثلاثة رفعنا حكم النكاح به . ولا سنيل إلى رفعه بغير ذلك ، وقالوا كيف يقع والأدلة متكاثرة تدل على عدم وقوعه . فإن هذا طلاق لم يشرعه الله . ولا أذن فيه ، فكيف يقال بنفاذه وصحته (٢) وقالوا : إنما يقع من الطلاق ما ملكه الله تعالى للمطلق ولهذا لا تقع به الرابعة لأنه لم يملكه إياها . ومن المعلوم أنه لم يملكه الطلاق المحرم . ولا أذن فيه . فالشارع قد حجر على الزوج أن يطلق في حال الحيض . وبعد الدخول في الطهر ، فلو صح طلاقه لم يكن لحجر الشارع معنى . ولكن حجر القاضي على منعه من التصرف أقوى من حجر الشارع . حيث يبطل التصرف . (٣) وقالوا لا يقع لأنه طلاق محرم منهي عنه . فالنهي يقتضي فساد المنهي عنه . فإذا صحناه ما كان فرق بين المنهي عنه والمأذون فيه من جهة الصحة والفساد . (٤) وقالوا إن الشارع إنما نهى عنه لأنه يفضيه ولا يحب وقوعه ، بل وقوعه مكروه فحرمه لثلا يقع ما يفضيه ، وتصحيحه وتنفيذه ضد المقصود ، (٥) وقالوا إذا كان النكاح المنهي عنه لا يصح لأجل هذا النهي فما الفرق بينه وبين الطلاق ، وكيف أبطلتم ما نهى الله عنه من النكاح ، وصحتم ما حرمه ونهى عنه من الطلاق ، والنهي يقتضي البطلان في الموضوعين .

وترى من هذا أن ابن القيم يرجح أن طلاق البدعة لا يقع ، فلا يقع طلاق المدخول بها إلا واحدة رجعية ، ولا يقع إذا كان في حيض أو طهر دخل بها فيه أو في الحيض قبله ، لمكان النهي عنه .

٢٣٦ - من يملك الطلاق : يملك الزوج الطلاق دائماً في الحدود الدينية

التي رسمها الشارع الإسلامي ، وتملك المرأة طلب التفريق في أحوال معينة جاءت في المذاهب الإسلامية ، وأخذ القانون المصري ببعضها .

ويشترط في الرجل لكي يقع طلاقه أن يكون بالغاً عاقلاً ، فطلاق الصبي لا يقع ، وإن كان مميزاً لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه ، ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغاً ، وكذلك لا يقع طلاق المجنون والمعتوه ، لعدم إدراكهما وجه المصلحة ، ولأن شرط التصرفات كلها الإدراك .

ويقع في المذهب الحنفي طلاق كل شخص ما عدا الصغير والمجنون والمعتوه . فيقع طلاق الهازل ، والسكران من تناول محرم مختاراً ، والمكره .

٢٣٧- أما الهازل - فلقوله عليه الصلاة والسلام « (ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعناق) » وقد قال عليه الصلاة والسلام : « إن من لعب بطلاق أو عناق لزمه » وقد كان الرجل يطلق في الجاهلية ، ثم يقول كنت لاعباً فكان لابد من إمضاء الهزل واللعب في تلك الأمور الخطيرة ، لكي يتجنب اللاهون العبث بشأنها .

وقد وافق مالك والشافعي وأبا حنيفة وأصحابه بالنسبة للهازل ، وخالف أحمد في بعض أقواله ، فلم يقع طلاقه عنده ، لعدم قصده إليه .

أما السكران فقد فصل المذهب الحنفي فيه ، لاختلاف سببه ، فإن كان سبب السكر محظوراً وقع الطلاق فيه . فمن يسكر من شرب الخمر مختاراً يقع طلاقه في حال سكره ، وإن كان السكر من سبب مباح كمن يتناول شيئاً للتداوى فيسكر منه أو يتناول البنج للجراحة - فلا يقع طلاق .

وحجتهم في ذلك أن السكران مكلف فهو مأخوذ بما ينطق به وإن كان الذي ذهب بعقله محرماً فالحرم لا يسقط المسئولية ، ولذا لو قذف محصنة كان عليه حد القذف ، وإن من الصحابة من أفتوا بوقوع طلاق السكران من شيء محرم .

وفي قول لمالك والشافعي وأحمد أن طلاق السكران لا يقع ، ولو كان سكره بمعصية ، وهو مذهب جمع من الصحابة ، واختاره من فقهاء الحنفية أبو جعفر الطحاوي ، وأبو الحسن الكرخي .

وحجة هؤلاء أن السكران لا قصد له ، ولا طلاق من غير قصد ، وأن السكران لا يعني ما يقول ، فعبارته ملغاة لا اعتبار لها ، وأن النبي ﷺ لم يعتبر إقرار السكران ، والسكران كالمعتوه المغلوب ، وإذا كان هذا لا يقع طلاقه فكذلك لا يقع طلاق السكران ، وإن الشارع لم يعتبر ردة السكران ، فكذلك الطلاق ، وإن الطلاق لا يكون إلا لحاجة تدعو إليه ، وليس السكران قادراً على تقدير الحاجة ، فلا عبرة بنطقه بلفظ الطلاق .

(م ١٩ - الأحوال الشخصية)

هذا شأن السكران ، أما المكره فقد قال أبو حنيفة وأصحابه يقع طلاقه وكان قبلهم على هذا الرأي بعض التابعين ، كإبراهيم النخعي والشعبي . وحجتهم أن الطلاق قد وقع من المأزول بنص الحديث ، وهو لم يقصد إلى الطلاق . فكان ذلك دليلاً على أن النبي ﷺ اعتبر فيه مجرد النطق بلفظ الطلاق قاصداً للفظ من غير اتجاه إلى معناه موقعاً للطلاق ، والمكره شأنه كذلك ، قصد النطق وإن لم يرتض المعنى ، فيقع طلاقه ، وإن أقصى ما يؤدي إليه الإكراه أن المكره لم يرتض آثار الطلاق الذي نطق به . وإن ذلك متحقق في المأزول أيضاً .

وقال مالك والشافعي (١) وأحمد : إن طلاق المكره لا يقع ، لقوله ﷺ (رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ، ولأن الاعتبار في التصرفات الشرعية للرضا بآثارها ، ولم يوجد ما يدل على ذلك ، بل عكسه هو الثابت . وإن الإكراه يفسد كل التصرفات فلا يقع الطلاق ، وإن عمر وابنه وعلي بن أبي طالب لم يفتوا بوقوع طلاق المكره .

٢٣٨ - وقد كان العمل على مذهب أبي حنيفة في وقوع طلاق المكره والسكران بمحرم ، وهذا المذهب يقرر وقوع طلاقهما كما بينا ، فلما جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ اعتبر طلاق المكره والسكران لغوياً ، وهذا مأخوذ من مذهب الأئمة الثلاثة كما نوهنا ، ولقد جاء في المادة الأولى منه ، لا يقع طلاق المكره والسكران ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية :

« طلاق السكران لا يقع بناء على القول الراجح لأحمد ، وقول في المذاهب الثلاثة ، ورأى كثير من التابعين ، وإنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع ، وطلاق المكره لا يقع ، بناء على مذاهب الشافعية والمالكية ، وأحمد وداود وكثير من الصحابة » .

(١) وقد جاء في كتب الشافعية في عدم وقوع طلاق المكره أنه يشترط لعدم الوقوع ألا يكون الإكراه بالطلاق من القاضي لسبب يوجب ذلك . وألا يقصد عند جريان لفظ الطلاق على لسانه إيقاعه ، بل لا ينويه قط ، لأن النية لا سلطان لأحد عليها ، فكان حراً بينه وبين نفسه ، فقصد الطلاق في هذا الحال دليل على أنه كان منه طوعاً لا كرهاً ، ويشترط أيضاً أن يأتي بالقدر الذي أكره عليه ، فلا يتجاوز ، فلو أكره على طلقة واحدة فطلق اثنتين وقعتا عند الشافعي ، لآله كان مختاراً فيهما .

وإن ذلك الاختيار حمن . حتى لا تكون الأسرة في اضطراب ، ولكي يكون الطلاق في دائرة الحاجة التي لم يشرع إلا لها

هذا ومن المقرر في المذهب الحنفي أن طلاق الخطيء والناسي يقع ، والخطيء هو الذي أراد أن يتكلم بغير الطلاق . فجرى لسانه بالطلاق ، والنسيان مثاله أن يعلق الطلاق على شيء وينسى فيفعله فيقع الطلاق ، وقد قرر الفقهاء أن الطلاق في هذه الحالة يقع قضاء . ولكن إذا لم يصل الأمر إلى القضاء يصبح أن يعيش مع أهله ، لأن العبرة بالنيات ، ولا نية له ولا يثبت منه ، ولا لعب بالطلاق كالهزل .

وما زال ذلك هو المعمول به ، ومن المستحسن أن يغير ذلك أيضاً ، ليتم العمل لحديث : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرها عليه » . ولأن الطلاق شرع للحاجة ، فلا بد من قصد صحيح إليه . حاجة باعثة عليه .

٢٣٩ - هذا ومن المقرر أن طلاق السفیه يقع ، لأنه يملك النكاح ، فيملك إنهاءه ، ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية ، والنكاح وآثاره وكل ما يتعلق به ليس موضع حجر ، فصح أن يقع منه الطلاق ، ولو منع من الطلاق لوجب أن يمنع من الزواج .

هذا ومن المقرر أنه ليس لغير الزوج من ولي (١) أو وصي أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين . لا إلى من تولى العقد ، ولو كان ولياً على النفس . وإذا كان الزوج مجنوناً ، وتضررت الزوجة من العشرة معه ، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب الفراق لذلك الغيب ، فالقاضي يطلق في هذه الحالة للضرر الثابت للزوجة وللعيب ، لأنه لم يتحقق الإمساك بمعروف ، فلم يبق إلا التفريق بإحسان . والزواج امتنع عن عبادة له يكون بها التفريق بالإحسان فيتولى القاضي ذلك بإبادة عنه ، إذ هو الطريق الوحيد لرفع الظلم ، وله ولاية رفع المظالم .

(١) لا يصح الطلاق ، ولو كان من السيد والزوج عبده ، يروى أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل وقال له : « يا رسول الله سيدي زوجني أمته ، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فقال : (ما بالك أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) .

٢٤٠ - وإن الزوج الذي يملك الطلاق ، له أن يوكل غيره في إيقاع الطلاق . لأن القاعدة الشرعية تقول : « من ملك تصرفاً يملك الإنابة فيه ، إن كان قابلاً للإنابة » وقد تكون الإنابة في الطلاق للزوجة نفسها ، ويسمى ذلك تفويضاً ، ويجوز أن تشترط هذا التفويض ، عند إنشاء عقد الزواج ، فيكون لها أن تطلق نفسها في الوقت الذي يثبت به التفويض ، أو متى شاءت على حسب ما تدل عليه الصيغة فتكون مالكة لتطبيق نفسها ، ولكن بالنيابة عن زوجها ، وسنبين ذلك عند الكلام في تفويض الطلاق إن شاء الله تعالى .

٢٤١ - من يقع عليها الطلاق : (١) يقع الطلاق على المرأة إذا كان النكاح قائماً بينها وبين زوجها حقيقة أو حكماً وقيامه حكماً بأن تكون معتدة من طلاق رجعي . أو من طلاق بائن لم يكن المكمل للثلاث ، لأنه إذا كان المكمل للثلاث فقد زال الحل ، فلا فائدة من الطلاق ، إذ استنفذ المطلق كل ما يملك .

وإنما اعتبر قائماً حكماً في أثناء العدة لأن العلاقة بينهما لم تنته بعد ، وذلك في الطلاق الرجعي ظاهر ، أما في الطلاق البائن فظهر قيام النكاح وجوب النفقة لها ، واستقرارها في بيت الزوجية ، وعدم حل زواجها من زوج آخر .

٢ - ومثل العدة من طلاق رجعي أو بائن يوقعه الزوج - العدة من كل فرقة بحكم الشارع إذا اعتبرت طلاقاً ينقص من عدد الطلاق : كالفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة ، فإنها قد اعتبرت طلاقاً على القول الراجح في المذهب الحنفي ، والفرقة بالإيلاء ، وهو أن يحلف الرجل على ألا يأتي امرأته ، ويستمر على يمينه أربعة أشهر ، وتعتبر الفرقة طلاقاً على مقتضى المذهب الحنفي ، لقوله تعالى . « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » ... وهكذا كل فرقة اعتبرت طلاقاً لم يزل الحل .

٣ - ومثل هاتين الحالتين في الحكم ، إذا كانت معتدة من فرقة اعتبرت فسخاً لم ينقض العقد من أساسه ، ولم يزل الحل ، كالفرقة برودة الزوجة ،

وذلك لأن الفسخ في هذه الحال يعتبر لإنهاء لعقد الزواج لا يلغى أحكامه السابقة . فكان كالطلاق . فيوجب ما يوجبه .

هؤلاء هن النساء اللاتي يقع عليهن الطلاق ، أما من لا يقع عليهن الطلاق ، فهن :

(أ) المعتدات من فرقة هي فسخ كنقض للعقد من أصله ، كالفرقة لخيار الإدراك . وعدم الكفاءة . ونقص المهر عند الإنشاء عن مهر المثل ، لأن العقد قد نقض من أصله . فلم يبق له وجود في العدة ، والطلاق أثر من آثار عقد الزواج فلا بد من وجوده . ولو اعتباراً ليتصور وقوع الطلاق

(ب) إذا كانت معتدة من فسخ قد أزال الحل ، كأن يكون منه أو منها بأحد أصوله أو فروعه ما أزال الحل بينهما — لأنه لا معنى للطلاق ، إذ الأثر في اعتبار الطلاق في العدة هو احتسابه مما يملك من طلاقات ثلاث . إذا استأنفا الحياة الزوجية من جديد . وذلك غير متصور . ولا ممكن .

(ج) لا يقع الطلاق على المطلقة لغير عدة . وهي المطلقة قبل الدخول والخلو لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بمجرد صدور لفظ الطلاق ، إذ لا أثر للزواج من بعد ، حتى يعتبر ياقياً حكماً . حيث لا عدة . ولذلك لو قال لزوجته قبل الدخول : أنت طالق . أنت طالق — لا تقع إلا واحدة ، لأنها بالأول بانت . وصارت أجنبية . فالطلاق الثاني ورد على غير محل ، وكذلك من طلقت بعد الدخول . أو فسخ نكاحها بعد الدخول وانتهت العدة ، إذ لا بقاء للنكاح من بعد زوالها ، ولا يقع الطلاق على أجنبية لم ترتبط بعلاقة زوجية سابقة .

وهذا كله في الطلاق المنجز . وكذلك الطلاق المعلق إذا لم يكن التعليق على النكاح ، فإذا قال لامرأة لا تربطها به صلة زوجية : أنت طالق ، فكلامه لغو . وكذلك إن قال لها أنت طالق إن دخلت الدار .

أما إذا قال : أنت طالق إن تزوجتك . فقد علق الطلاق على الزواج في هذه الحال . وقال الحنفية : إن الطلاق يقع فور زواجها ، وخالفهم في ذلك الشافعي وأحمد فقالا : إن الطلاق لا يقع ، لأن التعليق صدر باطلا ، فكان لغواً . إذ كانت أجنبية عنه وقت التعليق .

وقد انبئى على هذه المسألة جواز تفويض الطلاق قبل الزواج . فالحنفية أجازوا تفويض الطلاق للزوجة قبل عقد الزواج ، لأن التعليق عندهم جائز إذا كان على العقد ، والحنابلة والشافعية منعوا كل تعليق قبل تمام العقد ، فإذا قال عند إنشاء عقد الزواج لامرأة ، إن تزوجتك فأمرتك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، وانعقد الزواج بينهما ، فلأنها تملك أن تطلق نفسها عند الحنفية ، والشافعية والحنابلة لم يسوغوا التفويض على ذلك النحو فلا تملك .

٢٤٢ - وعلى ذلك إذا قال رجل لامرأته التى لم يدخل بها : أنت طالق وقع طلاقها بائناً ، فإذا قال لها بعد ذلك : أنت طالق لا يقع شيء ، فالطلاق لا يعقب الطلاق فى غير المدخول بها ، حقيقة أو حكماً ، وكذلك لا يعقب الطلاق إذا كان الأول متمماً للثالث ، ولو كان فى العدة ، لأنه لا شيء يقع ، إذا انتهى الحل .

وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، فججمهور الفقهاء قرروا على أنه تقع اثنتان ، والذين قالوا : إن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة قرروا فى هذه الصورة أن الطلاق يقع واحدة ، لأنه كالمقترن بالعدد من كل الوجوه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يقول القائل : أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً ، وبين أن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

ولذلك فضل من البيان سنتكلم عنه عند الكلام فى الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى هذا المقام .

٢٤٣ - الألفاظ التى يقع بها الطلاق : يقع الطلاق بكل لفظ يدل عليه إذا وضحت الدلالة ، واستبان قصد إيقاع الطلاق ، بيد أن الطلاق ككل الحقائق له ألفاظ تدل عليه بأصل وضعها ، أو باشتهار الاستعمال فيها ، حتى صار معناه يتبادر إليها من غير حاجة إلى قرائن ، ولذلك كانت الألفاظ الدالة على الطلاق قسمين : ألفاظ صريحة فى الطلاق ، وألفاظ تدل عليه بطريق المجاز ، ويسمى التطليق بها فى عرف الفقهاء الطلاق بالكناية ، كما يسمى التطليق بالأولى الطلاق الصريح .

فالطلاق الصريح ما يكون بلفظ الطلاق ، أو يشق منه ، أو ما يتلاقى معه في الاشتقاق . كلفظ طلقك ، وأنت طالق ، وأنت مطلقة ، وألحقوا بهذا لفظ أنت حرام ، أو أنت على حرام ، أو هي على حرام ، ونحو ذلك مما هو صريح في قطع العلاقة الزوجية من غير معونة أى قرينة .

ويقوم مقام اللفظ الصريح الكتابة المستبينة إذا كانت برسم الزوجة ، بأن يكتب إليها كتاباً برسمها (أى بعنوانها) ويكتب فيها عبارة موجهة إليها مضيئاً فيها الطلاق إليها ، فإن الطلاق في هذه الحال أيضاً يكون صريحاً ، ومنه إشارة الأخرس الدالة على الطلاق التي لا تحتل سواه في عرفه الذي يعلمه المتصلون به . فإن هذه الإشارة أقصى ما يمكنه أداء المعنى به ، فتعتبر بالنسبة له كاللفظ الصريح القادر عليه .

ولابد لكي يقع الطلاق الصريح أن ينطق به مضيئاً إلى زوجته ، فاهما معناه فهماً صحيحاً ، فلو لقن أعجمي النطق بكلمة (أنت طالق) غير فاهم معناها لا يقع بها شيء ، وإن كان الزوج فاهما معناها ، ولكنه لم يقصد إلى إيقاع الطلاق . بل قصد معنى آخر يحتمله اللفظ على سبيل الحجاز يقع الطلاق أمام القضاء . ولكنه لا يقع فيما بينه وبين الله ، لأن كل امرئ وما نوى إلا إذا قصد الهزل . فإنه يقع من كل الوجوه ، للحديث الذي تقدم (ثلاث جدهن جد وهزلن جد) ، وقد ذكر منها الطلاق كما ذكرنا .

وأما الطلاق بلفظ الكناية ، فيكون بكل لفظ لم يوضع للطلاق ، ولكن اقترن به من القرائن ما جعله للطلاق ، أو جعله يحتمل إرادة الطلاق .

والمذهب الحنفي يقول : إن الطلاق بالكناية إن كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق يقع من غير نية ، إذ الحال تعتبر قرينة مثبتة أن المراد باللفظ الطلاق وتجعله دالاً عليه ، فإن لم تكن الحال كافية للدلالة على إرادة الطلاق

بل دلالة احتمالية (١) ، فإن الطلاق يقع به إن وجدت النية

وعلى ذلك لا يشترط المذهب الحنفى وقوع الطلاق بألفاظ الكناية النية دائماً . بل يكفي في بعض الأحوال بدلالة الحال ، وى بعضها لا يكفي بها . ويشترط النية .

هذا رأى الحنفية ومعهم بعض الحنابلة ، ورأى الشافعى ، ومالك أن ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية . ولا عبرة بدلالة الحال ، وذلك لأن هذه الألفاظ لم توضع للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية . ولم تعين في العرف للدلالة عليها فلا تقع دالة على الطلاق إلا إذا استعملها المتكلم مجازاً في هذا المعنى ، وذلك بقصد الطلاق بها ، وقيام القرينة الدالة على ذلك . فلا يتحقق المجاز إلا بالقصد إليه ، وذلك بالنية فلا يقع الطلاق بها من غير نية .

وقد كان العمل بمذهب أبى حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأخذ بمذهب مالك والشافعى في اعتبار أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها إلا بالنية ، فقد نصت المادة الرابعة منه على ذلك . فذكرت « أن كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق بها إلا بالنية » .

وعلى ذلك إذا صدر منه لفظ من ألفاظ الكناية ، فادعت الزوجة عليه أنه طلقها بهذا اللفظ لصدوره عنه ، واعترف هو بصدوره ، ولكن أبكر إرادة الطلاق يكون القول قوله يمينه ، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ . فإن

(١) يقسمون ألفاظ الكناية إلى ثلاثة أقسام . ويقسمون الأحوال كذلك إلى ثلاثة أقسام (القسم الأول) حال مذاكرة الطلاق ، (والقسم الثانى) حال الغضب ، (والقسم الثالث) حال الرضا من غير مذاكرة طلاق ، وألفاظ الكناية ثلاثة أقسام : ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح شيئاً مثل اعتدى ، والقسم الثانى ما يصلح شيئاً وجواباً ولا يصلح رفضاً لطلبها الطلاق مثل خلية ، بريئة ، بقة ، والقسم الثالث ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق ورفضاً لطلبها الطلاق . مثل اخرجى ، اذهبى ، قولى ، فى حال رضا الزوج الخالى من مذاكرة الطلاق ، لا بد من النية فى الأقسام الثلاثة للألفاظ ، لأن الحال ليس فيها ما يساعد على تعيين الطلاق مراداً ، وفى حال الغضب يتوقف على النية ما يصلح جواباً و شيئاً ، وهما القسمان الثانى والثالث ، ويقع الأول من غير نية ، لمساعدة الحال ، وفى حال مذاكرة الطلاق يقع من غير نية فى القسمين الأول والثانى ويحتاج إلى النية فى الثالث .

نكحل عن اليمين صدقت في دعواها إرادة الطلاق باللفظ . وحكم بصدق دعواها في الطلاق (١) .

٢٤٤ - صيغة الطلاق : قد تكون صيغة الطلاق منجزة . وقد تكون معلقة . وقد تكون مضافة إلى المستقبل . وقد قرر الفقهاء أن الطلاق يقع بهذه الصيغ الثلاث . فيقع بالصيغة المنجزة . وهي التي تفيد وقوع الطلاق ، وترتيب آثاره في الحال . ويقع بالصيغة المضافة إلى المستقبل ، وهي التي تفيد إنشاء التصرف في الحال وتؤخر الأحكام إلى المستقبل ، كعقد إجارة يعقد في الحال ويتفقان على أنه ينفذ بعد شهرين مثلاً ، ومثال الطلاق المضاف إلى المستقبل أنت طالق غداً ، أو أنت طالق بعد شهرين ، ففي هذه الصورة لا يقع الطلاق في الحال ، بل يقع في الوقت الذي أضيف إليه ، وبهذا يكون صدور الطلاق في الحال ووقوعه في الوقت الذي أضيف إليه .

ولهذا يشترط أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق في الحال بأن يكون مستوفياً للشروط التي تسوغ له ذلك ، وأن تكون الزوجة صالحة لأن يقع عليها الطلاق في ذلك الزمن الذي أضيف إليه ، فلو قال لها : أنت طالق بعد شهر ، وقبل مضي الشهر قد طلقها ، ولم يكن دخول فإن الطلاق الأول لا يقع ، لأن الزمن الذي أضيف إليه لفظ الطلاق كانت المرأة غير أهل له فيه .

ويقع الطلاق بالصيغة المعلقة . وهي التي تفيد وقوع الطلاق عند وجود أمر يوجد في المستقبل . كقوله إن دخلت دار فلانة فأنت طالق ، فالصيغة على هذا الوضع لا تفيد إنشاء الطلاق في الحال ، ولكن تفيد إنشاء عند وجود الأمر المعلق عليه .

ولأنما وقع الطلاق بالصيغة المعلقة لأنه إسقاط وليس بتعليك ، والإسقاطات كلها تقع بالصيغة المعلقة ، فالإبراء ونحوه يقع بالصيغة المعلقة .

ولكي يتحقق معنى التعلق يجب أن يكون الأمر المعلق عليه من الأمور التي ستوجد في المستقبل ، وليس مستحيل الوجود ، فإن كان موجوداً في

(١) كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم أستاذنا أحمد (بك) إبراهيم ص ٢٥٤

الحال . كانت الصيغة في حكم المنجزة (١) وإن كانت في الصورة معلقة ، وإن كان مستحيل الوجود فإنه يكون نفيًا مؤكداً للطلاق ، وليس تعليقاً ، وكذلك لا يقع الطلاق إن كان التعليق على مشيئة الله سبحانه وتعالى ، لأن مشيئة الله سبحانه وتعالى مغيبة عنا ، ولأنه لا يقع الطلاق بهذا النوع من التعليق ، ويسمى استثناء في الإيمان ، فلا يقع به الطلاق إذا كان متصلاً ، فإذا كان مترخياً (٢) وقع الطلاق منجزاً ، لعدم وجود الاستثناء بعد أن صار الطلاق حقيقة واقعة .

٢٤٥- والتعليق ، وإن كان يفيد وقوع الطلاق عند وقوع الأمر المعلق عليه لابد أن يكون الناطق به أهلاً لإيقاع الطلاق وقت إنشاء الصيغة لأنه وإن كان لا يقع إلا بعد وجود الأمر المعلق عليه قد كان إنشاء الصيغة الدالة عليه في الحال ، فلا بد أن يكون الناطق أهلاً لها ، وإلا وجدت ملغاة لا معنى لها ، فإن كون السبب في وقوع الطلاق ، وهو الصيغة لا يعمل إلا في المستقبل ، لا يمنع من استيفائه الشروط الخاصة بالأهلية عند الإنشاء .
والتعليق عند الحنفية قسمان : تعليق على فعل من الأفعال غير الزواج والثاني التعليق على الزواج نفسه .

أما القسم الأول فيشترط فيه : (١) أن يكون الزوج أهلاً لوقوع الطلاق ، وقت إنشاء الصيغة ويملكه ، ولا يشترط أن يكون أهلاً له وقت

(١) مثال ذلك إذا قال إن كان امرأتى ولدت بنتاً فهي طالق ، وكانت قد ولدت فعلاً وقت نطقه بنتاً يقع الطلاق في الحال فالتعليق في الصورة ، لأنه علق على أمر ثابت في الحال ، ولكنه إذا كان متجدداً يستمر في المستقبل ، كأن يقول : إن لبست الثوب الفلاني ، فهي طالق ، وهي لايسة له يقع الطلاق إن لم تقلعه في الحال لأن المعلق عليه يكون اللبس متجدداً في المستقبل ، وهو ما يلى وقت الخلع ، وهذا يسمى الأفعال الممتدة منه ، وليس منه إن دخلت دار فلان فأنت طالق .

(٢) إذا كان الترخي بسبب عذر كسعال ونحوه لا يعد ترخياً ، وقال بعض العلماء إن الاستثناء يمتد إلى المجلس في الإيمان ، وقال ابن عباس يمتد إلى سنة ، ولقد دس لأب حنيفة عند المنصور بأنه يخالف فتوى جده عبد الله بن عباس فيشترط في الاستثناء الاتصال ، فقال المنصور : لم خالفت ابن عباس في الاستثناء ؟ فقال له : لحفظ الخلافة عليك ، فإنك تأخذ البيعة بالأيمان والعهد الموثقة على وجوه العرب فيخرجون من عندك ، ويستثنون فقال : أحسنت .

وقوع الفعل . فإذا علق الطلاق ثم جن ثم وقع الشيء المعلق عليه يقع طلاقه (١) لأن الصيغة إذا صدرت من أصلها مستوفية شروطها كان لها أثرها ، ولو زالت الأهلية بعد ذلك . فإنه إذا صدرت الصيغة صحيحة تؤدي مؤداها .

(٢) ويشترط أن يكون التعليق ووقوع الفعل في حل واحد عند أئمتنا الثلاثة أي حنيفة والصاحبين . فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثاً ، أو مكملات الثلاث ثم انتهت عدتها . وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها ، وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الأمر المعلق عليه لا يقع الطلاق ، لأن الطلاق المعلق طلاق واحدة أو أكثر من طلاقات الحل الأول والثلاث . وقد زال كله فلا يمكن أن يتحقق طلاق بوجود هذا الأمر الذي كان معلقاً .

ولا يشترط بقاء الزواج الذي حصل فيه التعليق . فلو علق طلاقها ثم طلقها واحداً وانتهت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك ، ووقع الشيء المعلق عليه فإن الطلاق يقع .

وهذا كله عند أئمتنا الثلاثة ، أما زفر فقد قال : لا يشترط بقاء الزواج . ولا يشترط بقاء الحل . فلو علق طلاقها على أمر ، ثم طلقها ثلاثاً ، وبعد زواجها بغيره ، وطلاقها منه . وانتهت عدتها ، وتزوجها ، ووقع الشيء المعلق عليه . يقع الطلاق لأن الرجل علق وما قيد بمحل معين ، وإذا كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه ، فإذا جاء الحل عاد ، والتعليق ما زال باقياً .

(٣) ويشترط أن تكون المرأة عند وجود الصيغة والأمر المعلق عليه

(١) وقد كان في هذا الفرع بعض الغرابة بمقتضى منطق الفقه الحنفى ، لأن هذا الفقه يعتبر التصرف المعلق غير موجود إلا بعد وجود المعلق عليه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون المطلق أهلاً للطلاق عند وجود الفعل ، حتى ينشأ الطلاق . وقد أجاب عن ذلك الكاساني بوجهين . « أحدهما » أن المعلق ، ولو كان لا يقع إلا عند وقوع الفعل المعلق عليه - الإنشاء كان وهو عاقل ، والتصرف مسند إلى الإنشاء ، ولذا لا حاجة إلى صيغة جديدة . « ثانيهما » أن المجنون أهل في الجملة لإيقاع الطلاق إذ يحكم القاضي به . فكان كلامه السابق صالحاً للأعمال بالقياس على حكم القاضي بالطلاق نيابة عنه . « وخلاصة القول أن الطلاق ، وإن كان لا يقع إلا عند وقوع المعلق عليه . فإن الصيغة الأولى هي السبب » .

صالحة لإيقاع الطلاق عليها ، بأن تكون زوجة ، أو في عدة يقع الطلاق عليها فيها ، فلو كانت أجنبية عند وقوع الأمر المعلق عليه ، لا يقع شيء ، فلو قال لامرأته : أنت طالق إن كلمت فلاناً ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وكلمته لا يقع طلاق ثان ، بل تعتبر اليمين قد انتهت ، فإذا جاء بعد ذلك وكلمته لا يقع شيء إلا إذا كان قد قال : « كلما كلمت فلاناً فأنت طالق » .

٢٤٦ - وإذا كان التعليق على الزواج فهو صحيح ، ولا يشترط أن تكون المرأة وقت الصيغة صالحة لإيقاع الطلاق عليها كالأمر الأول ، وهذا موضع الخلاف بين الفقه الحنفي والمالكي وغيرهما ، فإن الفقه الحنفي والمالكي في الجملة يجيزان التعليق على الزواج ، والفقه الشافعي والحنبلي لا يجيزان تعليق الطلاق على الزواج (١) .

فلو قال لامرأة ، إن تزوجتك فأنت طالق ، يعتبر هذا الكلام لغواً عند الشافعي وأحمد ، ولا يعتبر لغواً عند أبي حنيفة ، فإن تزوجها وقع الطلاق ، وذلك لأن التعليق عند الحنفية يمين ، فيجوز على كل شيء ، وإذا كانت المرأة ليست أهلاً للطلاق وقت اليمين فلا عبرة بذلك ، لأن اليمين تصرف من الخالف ، واشترط أهليتها للطلاق ، يتحقق عند وقوعه ، وهو الأمر المحلوف عليه ، ولا يشترط قيام الملك لتحقيق الحلف ، فالخلف حقيقة واقعة أمكن تحقيق المحلوف وقتها أو لم يمكن .

وحجة الشافعي وأحمد في هذا أن الطلاق شرع للتخلص من متاعب الحياة الزوجية إن تحولت إلى متاعب ، فيجب أن يكون ثمة زوجية أو آثارها عند إنشاء الطلاق ، ولا فرق في ذلك بين طلاق منجز ، وطلاق معلق ، إذ التعليق يوجب إنشاء التصرف في الحال ويؤخر أحكامه إلى الاستقبال ، فيجب

(١) أساس الخلاف في هذه المسألة أن الحنفية والمالكية قالوا إن التصرف لا ينشأ بمجرد وجود الصيغة ، بل يوجد التصرف عند وجود الأمر المعلق عليه ، فلم يشترطوا ملكيته للطلاق فعلا عند التعليق ، أما الشافعية والحنابلة ، فقد قالوا : إنه في التعليق ينشأ به التصرف في الحال ولكن يؤخر أحكامه إلى وجود الأمر المعلق ، ولذلك اشترطوا في كل تعليق أن يكون المتصرف مالكا للتجيز ، عند تعليقه ، وقالوا لا يصح تعليق الطلاق إلا إذا كان المعلق يملك التجيز في الحال فإذا كان لا يملكه يعتبر كلامه لغواً ، فلا يلتفت إليه .

أن يكون المتصرف أهلاً للتصرف عند الإنشاء ، ويجب حينئذ أن يكون قادراً على إيقاع الطلاق وقت الإنشاء ، وقد انبى على الخلاف في هذه المسألة الخلاف في مسألة التفويض قبل تمام عقد الزواج ، فالشافعي والحنابلة منعه . وأبو حنيفة والمالكية أجازوه .

٢٤٨ - والتعليق في كل صورة عند الحنفية كالمين لا يجوز الرجوع فيه . فلو قال لامرأته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق لا يجوز أن يرجع عن قوله ، لأن الأيمان بكل أنواعها لا يجوز الرجوع فيها ، فمن يحلف حلفاً لا يجوز أن يعدل عنه ، بل يمضي فيه أو يحنث ، وإن حنث كانت المؤاخذه التي رتب على الفعل أو رتبها الشارع على الحنث .

وقد تخرجت على هذا أبواب كثيرة في الفقه الحنفي ، فالتفويض لا يصح الرجوع فيه لأنه كالمين ، والخلع لا يصح الرجوع فيه قبل القبول من جانبها إذ قد علق الطلاق على قبولها المال ، أو الإبراء من حقوق الزوجية ، وهكذا ، وقد نظمت أحكام هذه الأبواب على ذلك الأساس .

٢٤٨ - وإذا كان الفقه الحنفي قد سوغ كل تعليق ، وأوقع الطلاق عند وقوع المعاق عليه ، كان ذلك قاعدة مطردة عند الفقهاء في المذاهب الأربعة في الجملة ، ففي ظل هذا كان الناس يحلفون بالطلاق في أنفهم الأمور وأكبرها ، وعمت البلوى ، حتى صار الناس في حرج شديد ، فإنهم بين أن يستهينوا بالمحرمات فيعجزوها ، فيعيشوا بين أزواجهم عيشة يعتقدون حرمتها ، وبين أن يحرموا أزواجهم عابهم إذا وصل العدد إلى الثلاث ، ويحتالوا للتحليل ، وفي كل هذا مفسد فكان لابد من علاج ، وفي الفقه الإسلامي متسع ، ذلك أن اتخاذ الطلاق يمينا يحلف به لم يكن في عهد الصحابة ولما كثر الحلف بالطلاق في عهد التابعين أفتى كثيرون بأنه لا يقع به شيء من الطلاق ، فقد روى عن طاوس أنه قال : ليس الحلف بالطلاق شيئاً ، وصح عن عكرمة مولى عبد الله بن عباس في أيمان الطلاق أنه قال : « إنها من خطوات الشيطان لا يلزم بها شيء » ، وروى عن شريح قاضي أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ومن بعده أنه قال : إنه لا يلزم بأيمان الطلاق شيء .

وبهذا أخذ داود الظاهري ، والقفال من الشافعية ، وبعض أصحاب أحمد بن حنبل رضى الله عنه (١) .

ولقد جاء قانون سنة ١٩٢٩ متضمناً العلاج ، فلم يجعل كل تعليق يميناً ، ولم يمنع كل تعليق على اعتبار أنه يمين ، بل قسم التعليق إلى قسمين :

(أحدهما) قصد فيه الزوج إلى ربط الطلاق بحادثة معينة ، لو وقعت لوقع الطلاق وهو قاصد إليه ، كأن يعلق طلاقها على قبولها مالا فتدنى به نفسها ، أو يعلق طلاقها على رضا أبيها به بالقول صراحة ، أو نحو ذلك مما يتضح فيه أنه يقصد ربط الطلاق بشرط معين ، فإنه في هذه الحال يقع الطلاق .

(وثانيهما) تعليق لم يقصد به ربط الطلاق بفعل أو قول قصداً حقيقياً صحيحاً بل قصد به إما :

١ - الحمل على فعل شئ معين ، سواء أكان المقصود حمل زوجته أم حمل غيرها .

٢ - قصد به المنع من فعل معين أو قول ، سواء أكان هذا القول أو الفعل منها أم من غيرها .

٣ - أو يقصد به توثيق امتناعه عن فعل ، كأن يقول إن شربت الدخان طلقت امرأتى ، ففي هذه الصور وأشباهها لا يقع الطلاق ، لأنه ما قصد لإيقاعه بل قصد الحمل على الفعل أو المنع منه ، والامتناع عنه ، وما كانت العلاقة الزوجية لتنتقطع لمثل هذا ، بلا الطلاق إنما يكون عن حاجة إليه ، وقصد صحيح ، فلا طلاق إلا عن وطء ، كما ورد في بعض الآثار .

وهذا نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ ، أو تركه لا غير ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا المقام ما نصه :

« والتعليق إن كان غرض المتكلم به التخويف ، أو الحمل على فعل شئ »

(١) راجع في هذا إعلام الموقعين لابن القيم الجزء الثالث من ص ٣٥ إلى ص ٧١ .

أو تركه ، وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه ، كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط ، لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله - لم يكن في معنى اليمين ... وأخذ في إلغاء الطلاق المعلق الذي في معنى اليمين برأى الإمام على ، وشريح ، وعطاء والحكم بن عتبة ، وداود وأصحابه ، وابن حزم .

ونرى أن تطبيق هذه المادة يرجع فيه إلى قصد المتكلم ، وتفسير قصده مرجعه فيه إليه ، إن لم تكن قرينة حال شاهدة كمن يحلف على مساومة في مبيع ، فإن قصد اليمين يكون واضحاً من قرائن الأحوال من غير حاجة إلى التفسير ، وإن لم تكن ثمة قرائن ، أو حصل اختلاف حول قصده كأن تدعى أنه قصد الطلاق بالتعليق ، وينكر أنه قصد الطلاق ، بل قصد الحمل على الفعل أو المنع منه ، فإنه يكون القول قوله في الإخبار عن نفسه بيمينه ، كالتنية في الكنايات على ما بينا .

عدد الطلقات

٢٤٩ - قال الله تعالى : « الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »

دلت هذه الآية على جملة أمور :

أولها : أن الزوج يملك ثلاث طلقات لأنه سبحانه ذكر اثنتين أولاً ، والثالثة ذكرها بعد أن بين حكم افتدائها نفسها ، إن خافا ألا يقيما حدود الله ، وهي العشرة الحسنة ، وقيام كل منهما بما عليه من حق .

ثانيها : أن الزوج له بعد الطلقة الأولى ، والطلقة الثانية أن يراجع زوجته ، ولذا قال بعدهما ، (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) .

ثالثها : أن الطلقات الثلاث لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات ،

— ٢٠٤ —

فالطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ينبغي بمقتضى نص الآية ألا يقع إلا واحدة ، لأنه دفعة واحدة .

هذا ما تدل عليه الآية الكريمة بعبارتها ، ونأخذ منها أن عدد الطلقات ثلاث بالنسبة للحر إن كان متزوجاً حرة ، فإن كان الحر متزوجاً أمة ، أو كان العبد متزوجاً حرة ، فهل يملك الزوج في صورتين ثلاث طلقات ؟ إنه من المقرر أن حقوق العبد وتبعاته في كثير من الأحوال على النصف من حقوق الحر وتبعاته ، فإن كان عبد متزوجاً أمة ملك عليها طلقتين ، لأن ما يملكه هو نصف ما يملك الحر ، والطلقة لا تنجزأ ، فيملك طلقتين ، أما الصورتان الأخريان ، فقد كانتا موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، فالحنفية اعتبروا التنصيف بالنسبة للزوجة ، فإن كانت الزوجة أمة ، والزوج حراً ملك عليها طلقتين ، لأن عدد الطلاق يفيد زيادة الحل ، وحل الحرة يجب أن يكون ضعف حل الأمة ، فإذا كان حل الحرة ثلاث طلقات فحل الأمة يكون بنصف حل الحرة ، ولأن النبي ﷺ قد روى عنه أنه قال : « طلاق الأمة اثنتان ، وعدتها حيضتان » .

وقال الأئمة الثلاثة : إن التنصيف يعتبر بالنسبة للرجل ، لأن الطلاق حق من حقوقه ، وحقوق العبد على نصف حقوق الحر ، فإذا كان الحر يملك ثلاثاً فالعبد يملك اثنتين ، لأن الطلقة لا تنصف ، فيملك الثانية كاملة ، ولا اعتبار لكون الزوجة حرة أو أمة ، ولأن النبي ﷺ قال : « الطلاق بالرجل والعدة بالنساء »

٢٥٠ — الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث : قلنا إن قوله تعالى : « الطلاق

مرتان » يفيد أن الطلاق الثلاث يقع على ثلاث دفعات ، ولكن الأئمة الأربعة أمضوه إذا طلق الثلاث دفعة واحدة ، وإن طلق اثنتين ، وقع اثنتين وخالفهم غيرهم ، فبعض العلماء قال : إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شيء ، وبعضهم قال : إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، أو بالتكرار في مجلس واحد ، يقع طلقة واحدة رجعية .

فالأقوال على ذلك ثلاثة ، ولكل قول حجة .

٢٥١ - وقد احتج الأئمة الأربعة بفتاوى منسوبة لعلي ، وعثمان ابن عفان وعمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وغيرهم من عليّة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ، كانوا يفتون بأن من طلق امرأته ثلاثاً وقع ثلاثاً ، بل لقد ادعى الإجماع على ذلك ، وما كان لهؤلاء العلية من الصحابة أن يقولوا ذلك إلا إذا كانوا قد علموه عن رسول الله ﷺ ، وإذا كانت قد وردت أحاديث بخلاف ذلك ، فلا بد أنها نسخت في عهد النبي ﷺ .

وأما القول الثاني وهو قول بعض الشيعة الإمامية إن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شيء ، فحجته أن ذلك التطليق بدعة جاء على غير طريقة السنة التي أبيح الطلاق في حدودها . وكل ما جاء على غير طريقة السنة فهو رد لا يلتفت إليه ، لأن الشريعة رسمت حدوداً للطلاق الذي أذنت به ، فإذا جاء على غير ما رسمت . فهو على ما أذنت ، فلا يقع طلاق .

وأما القول الأخير . وهو أن الطلاق المتعدد بلفظ الثلاث أو بإشارة مقربة بالثلاث ، أو بثلاث طلاقات متتابعات في مجلس واحد ، يقع طلقة واحدة ، فحجته : (١) أن السنة أن يطلق طلقة واحدة في طهر لم يدخل بها فيه ولا في الحيض قبله ، فإذا خالف السنة ، وطلق اثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد فإنه يمسى عليه ما أذن به الشارع ، ويكون الباقي لغواً .

(٢) أن الطلاق كما هو صريح في الآية الكرمة . « الطلاق مرتان » لا يقع إلا في دفعات ، فلا يقع مرة واحدة ، فإذا أوقعه دفعة واحدة بلفظ الثلاث ، أو بالنطق ثلاث مرات ، فإنه لا تقع إلا واحدة ، والعد لغو ، أو ما يجيء بعد ذلك لغو لا يلتفت إليه .

(٣) وما رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه ، إذ قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، وستين من خلافة عمر - طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا أمراً لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه ، فن جعل الثلاث بلفظ الثلاث ، أو الثلاث في مجلس واحد ، يكون واحدة ، فإنما يتبع الرسول ، ولا يتبع عمر رضي الله عنه ، والرسول أولى بالاتباع ، وعمر رضي الله عنه مجتهد يخطئ ويصيب . (م ٢٠ - الأحوال الشخصية)

وقد روى ذلك القول عن علي بن أبي طالب ، وأبي موسى الأشعري ،
وذهب إليه بعض أهل الظاهر ، وحكى عن بعض التابعين ، ونقلت الفتوى
بذلك عن جماعة من أهل قرطبة ، كـ محمد بن بـقـي ، وأقـفـى به من المتأخرين
ابن تيمية وابن القيم .

٢٥٢- وقد كان المعمول به هو مذهب أبي حنيفة الذي هو مذهب
الأئمة الأربعة ، وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً ،
والاثنتين تقع اثنتين بلفظ واحد ، فكان هذا يدفع إلى الحرج الديني ، إذ
يندفع الزوج في نوبة غضب جامحة ، فيطلق ثلاثاً ، ولا يجعل لنفسه من أمره
يسراً ، فإذا ثبت إليه رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقدها
حرام ، وأنها زانية ، وفي ذلك موت الضمير الديني ، وإما أن يتحايلاً
بطرق لم يحلها الشارع ، لإعادة الحل والعقد عليها من جديد ، وفي ذلك
ما فيه من المفساد ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل ، فكان من المستحسن
علاج هذه الحال .

فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وعالج هذه الحال باعتبار أن الطلاق
المتعدد لا يقع إلا واحدة ، وهو مذهب طائفة من السلف ، وتبعهم بعض
الفقهاء كما بينا ، وقد نصت على ذلك الحكم المادة الثالثة وهي « الطلاق المقترن
بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة »

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما نصه : « الطلاق المتعدد لفظاً أو
إشارة لا يقع إلا واحدة ، وهو رأى محمد بن إسحاق . ونقل عن علي ، وابن
مسعود والزبير ، ونقله المنذر عن أصحاب ابن عباس ، كعطاء ، وطاووس ،
وعمر بن دينار ، وقال ابن القيم : إنه رأى أكثر الصحابة . »

وبهذا كان الطلاق المقترن بالعدد لفظاً كأن يقول طلقك اثنتين أو ثلاثاً
لا يقع إلا واحدة ، وكذلك الذي صحبته إشارة كأن يقول : طلقك وبشير
بأصابه ثلاثاً أو اثنتين لا يقع إلا واحدة .

٢٥٣- الطلاق المتتابع : وهو أن يعقب الطلاق بطلاق ، وقد ذكرنا
أنه إن كانت الزوجة غير مدخول بها لا تقع إلا واحدة فإذا قال لامرأته التي

لم تزف إليه ، « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » ، لا تقع إلا واحدة :
لأن الثانية والثالثة جاءت وهي أجنبية ، لأنها تطلق لغير عدة .

أما إذا كان الطلاق قد تنابع عليها وقد كان بعد الدخول بها ، كأن يقول
ها : « أنت طالق ، أنت طالق » فإن المذاهب الأربعة توقع هذا الطلاق
ولو كانت هذه الطلقات الثلاث أو الثنتان في مجلس واحد ، ولكن الذين
قالوا إن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا واحدة ، قالوا : إن الطلاق المتتابع
في مجلس واحد لا يقع إلا واحدة ، وهم من ذكرنا بعضهم ، وذكرت
المذكرة الإيضاحية للقانون أكثرهم (١) .

وهنا يثار النظر فيما إذا قال لزوجته المدخول بها في مجلس واحد : أنت
طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، أتقع الطلقات الثلاث ، كما هو مذهب
الأئمة الأربعة ، أو تقع طلقة واحدة ، كما هو مذهب بعض السلف الذين
اشتق القانون مذهبه في الطلاق المقترن بالعدد من آرائهم ؟

إننا بلاشك لو فسرنا القانون تفسيراً لفظياً ظاهرياً ، فلا نتجاوز الظاهر
في التفسير — لقلنا إن هذا النوع من الطلاق يطبق فيه مذهب أبي حنيفة ،
فتطلق المدخول بها بالعدد الذي تنابع الطلاق به ، ولكن القوانين لا تفسر
بظواهر ألفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ، ومذكراتها الإيضاحية ،
ومصدرها التاريخي والفكرة العلمية التي انبعث منها نظر الذين قالوها .

(أ) وغرض القانون واضح في أنه يريد القضاء على فكرة أن الزوج
له أن يطلق دفعة واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، وأن له أن يفصم عرا الزوجية
دفعة واحدة في مجلس واحد ، وإذا كان ذلك غرض القانون والعلة الباعثة
عليه فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة ،
ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلقات ، لأن المطلق يترك هذه إلى تلك ،
ويقر من حكم القانون بأسهل طريق ، ولفظ القانون — وإن كان ظاهره في
المقترن بالعدد الذي يوصف فيه الطلاق بالعدد ، فإنه يحتمل شمول الطلاق

(١) قد ذكرهم الشوكاني في نيل الأوطار ج ٧ ص ٦١ ، وبين أن التابع والطلاق الثلاث
بلفظ واحد — سواء .

المتتابع في مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد في المعنى ، وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد .

(ب) وإن المذكرة الإيضاحية التي اقترنت بصدر القانون تذكر ذلك ، لأنها عبرت عن الطلاق المقترن بالعدد بقولها ، « الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة » ولا شك أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد طلاق متعدد لفظاً ، لا شك في ذلك ، فكان ذلك التعبير مبيناً من جهة أن مراد وضع القانون من كلمة مقترن بالعدد لفظاً ، ما هو متعدد لفظاً ، ثم يشير من جهة ثانية إلى أن المقصد من القانون في هذا الباب وهو حمل المطاق على ألا يشير إلا في الطريق الذي رسمه القرآن الكريم ، فلا يطلق دفعة واحدة والطلاق في المجلس الواحد ولو متتابعاً يعد دفعة واحدة .

(ج) وإن المصدر التاريخي لهذه المادة من القانون يوضح ذلك . فإن الفقهاء الذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة ، هم الذين قرروا أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا واحدة . ومن المنطق المستقيم أن نأخذ برأيهم كله ، وهو في موضوع واحد ، ما دامت ألفاظ القانون تتسع له ، ولا تضيق عنه ، وقد ذكرنا أن القانون يشمل ذلك التفسير الذي يرجع من حيث المعنى .

(د) وإن الذين قالوا إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة استشهدوا لرأيهم بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقها فقال طلقها ثلاثاً ، فقال : في مجلس واحد ؟ قال نعم قال « فإنما تلك واحدة ، فراجعها إن شئت » فراجعها (١) » ففي هذا الحديث كما ترى يعتبر النبي ﷺ الطلاق ثلاثاً في مجلس واحد على سبيل التتابع ، أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد طلقة واحدة .

لهذا كله نرى أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٣٩ صار الطلاق المتتابع

(١) راجع زاد المعاد في هدى خير العباد ج ٤ ص ٨٧ وشرح سبل السلام ج ٢ ص ٢٢٣ .

في مجلس واحد ، والطلاق الموصوف بالعدد طلبة واحدة ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الطلاق الرجعي والبائن

٢٥٤- بينا فيما سبق من القول أن الطلاق ينقسم إلى قسمين : طلاق رجعي وطلاق بائن ، والطلاق يكون بائناً على حسب المعمول به في أربع أحوال :

أولاهـ - إذا كان قبل الدخول ، لأن الطلاق قبل الدخول يكون لغیر عدة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » وإذا كانت قبل الدخول لا عدة لها ، فلا يمكن مراجعتها ، وثمرة الطلاق الرجعي الأولى تظهر في قدرة الزوج على المراجعة من غير عقد ولا مهر جديدين في العدة ، وحيث انتفت العدة فليس ثمة طلاق رجعي .

الثانية - إذا كان الطلاق على مال ، لأن الطلاق على مال هو لافتداء نفسها بما تقدمه من مال ، لقوله تعالى « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولا يمكن أن يتحقق افتداء مع ثبوت حق المراجعة في العدة ، إذ يهدم هو بمراجعته فيها معنى الافتداء .

الثالثة - إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث ، فإذا طلقها واحدة وراجعها ، ثم طلقها أخرى وراجعها ، ثم طلقها الثالثة كان الطلاق بائناً ، وكانت البينة كبرى ، وذلك لقوله تعالى بعد ذكر الطلقتين « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فكانت الطلقة الثالثة مزيله للحل ، فلا يملك العقد عليها . إلا بعد أن تزوج زوجاً غيره ، ويعاشرها . ويطلقها ، وتنتهي عدتها ، فأولى ألا يملك رجعتها .

الرابعة - ما نص على أنه بائن في القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهو الطلاق للغيب ، والطلاق للسجن والطلاق للتضرر بسبب الإغية ، والطلاق للضرر بسبب الإيذاء بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالها .

وما عدا ذلك من أنواع الطلاق فهو طلاق رجعى .

٢٥٥ - وقد زاد الحنفية في أحوال الطلاق البائن أربعاً وهى :

(أ) الطلاق الموصوف بالبينونة كانت طالق طلاقاً بائناً ، أو الموصوف بوصف يدل على البينونة كانت طالق طلقة شديدة .

(ب) الطلاق المشبه بشئ يدل على العظم كانت طالق كالجبل ،

(ج) الطلاق الموصوف بأفعل تفضيل يدل على الشدة كانت طالق أفحش الطلاق أو أشد الطلاق .

(د) ألفاظ الكناية ، لأنها تدل على الانفصال في الحال ، ولا يتحقق إلا بالبائن ، وقد استثنى منها ألفاظ ثلاث وهى : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة ، وذلك لأن هذه الألفاظ قد حذف فيها لفظ الطلاق مع نية ذكره ، فعنى اعتدى ، أنت طالق فاعتدى ، ومعنى استبرئى رحمك أنت طالق فاستبرئى رحمك ، ومعنى أنت واحدة أنت طالق طلقة واحدة ، فكلمة الطلاق مطوية على نية الذكر . فكان الطلاق بلفظ صريح فيقع رجعياً ، وفوق ذلك فإن هذه الألفاظ الثلاثة لا تدل على الانفصال في الحال .

هذا رأى الحنفية - وهو رأى مذهب مالك : رضى الله عنه ، وقال الشافعى وأحمد ، وهو رأى آخر في مذهب مالك إن الطلاق لا يقع بائناً إلا في الأحوال الأولى المذكورة في النبعة السابقة ، وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم هو وصف الطلاق بأنه رجعى أو بائن ، أهو من عمل الشارع أم من عمل المطلق ؟ فأبو حنيفة يرى أن الأصل في الطلاق أنه رجعى ، ولكن للمطلق أن يعطيه وصف البينونة ، فيكون بائناً فإن وصفه بالبينونة أو الشدة أو الانفصال كان بائناً ، لأن له أن يجعله كذلك ، وقال غيره إن وصف الطلاق إنما هو من عمل الشارع فما وصفه الشارع بأنه بائن فهو بائن وما لم يصفه بذلك فهو رجعى ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قال : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » فهذه الآية الكريمة صريحة في أن الزوج في ذلك أحق بردها إن

أراد المراجعة في كل طلاق . إلا إذا لم تكن عدة أو كان افتداء ، أو كان الطلاق الثالث كما نص على ذلك القرآن .

ولأن الشارع أعطى المطلق حق المراجعة خشية أن يكون قد طلق تحت تأثير غضب ، ثم يعتريه الندم ، فله أن يراجعها في العدة ، فإذا مضت العدة من غير مراجعة كان ذلك دليلاً على كمال النفرة .

وحجة الحنفية أن الشارع أعطى الزوج الطلاق مطلقاً ، ولم يوجد ما يقيد به ولأنه في نظر الأئمة الأربعة يملك البينة الكبرى بالتطليق ثلاثاً دفعة واحدة فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبينة الصغرى ، لأن من ملك الأقوى ملك الأضعف .

٢٥٦ - وقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجعل الطلاق البائن في الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال والمكمل للثلاث ، وما جاء به القانون ، وذلك ما نصت عليه المادة الخامسة وهي :

« كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » وقد ذكرت المذكرة التفسيرية « أن هذه المادة أخذت من مذهب الشافعي ومالك » وأشارت إلى أن الطلاق بسبب اللعان أو العيوب التناسلية ، وهي العنة والجب والخصاء ، أو إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة .

وقد يثار هنا أمران : (أحدهما) الطلاق في حال الخلوة الصحيحة يعتبر رجعيّاً باعتبار أنه طلاق إلى عدة ، وليس داخلاً في الأمور المستثناة أم يكون بائناً ؟ والظاهر أنه يكون بائناً ، لأنه طلاق قبل الدخول ، والعدة فيه للاحتياط كما هو مقرر ، ولأن مذهب الشافعي ومالك - وقد صرحتا المذكرة بأنه هو المصدر التاريخي لهذا القانون - يعتبره بائناً ، إذ هو طلاق قبل الدخول عندهما ، فلو قلنا إنه رجعي لم يكن ذلك اعتماداً على مذهب فقهي :

(أولهما) الإيلاء ، وهو أن يحلف ألا يأتي امرأته أربعة أشهر فأكثر ،

فإنه يقع به طلاق إن لم يدخل بها في مدى أربعة الأشهر ، ويكون رجعياً عند مالك والشافعي ، ويكون بائناً عند أبي حنيفة ، فهل يعد رجعياً بحكم القانون ؟

الظاهر ذلك لسببين : (أحدهما) أن القانون اعتبر كل طلاق ما عدا الأربعة السابقة بائناً ، وهذا ليس منها وهو وإن كان بأمر الشارع — المتسبب فيه هو الزوج .

(ثانيهما) أن المذكرة الإيضاحية ذكرت أن المادة الخامسة مأخوذة من مذهب الشافعي ومالك ، ورأيهما أنه يكون طلاقاً رجعياً ، وقد ذكرت المذكرة الأمور التي استمر العمل بها على مقتضى مذهب أبي حنيفة ، ولم تعد من بينها الإيلاء فكان من مقتضى هذا أن يعد رجعياً ، ولا نرى وجهاً يمكن أن يعد به بائناً إلا أن يقال إن القانون مقصور على الطلاق الذي ينشئه الزوج بعبارة ، وليس لذلك مستند .

٢٥٧ — حكم الطلاق الرجعي : والطلاق الرجعي لا يزيل الملك ، ولا يزيل الحل ما دامت العدة قائمة : بل يكون المطلق له كل حقوق الزوج ، فله أن يراجعها في العدة في أي وقت شاء ، ومعنى الحل هو كون المرأة حلالاً له أن يتزوجها ، ومعنى الملك حقوق الزوجية الثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ، وإذا انتهت العدة في الطلاق الرجعي زال الملك ، ولكن يبقى الحل فله أن يعقد عليها في أي وقت شاء .

فالطلاق الرجعي في العدة : ١ — لا يزيل الملك ولا الحل كما بينا ، بل ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، فإن كانت ثلاثة ثار الباقي اثنتين وإن كان الذي يملك قبل الطلاق اثنتين صار الباقي واحدة .

٢ — له أن يراجعها في أثناء العدة في أي وقت شاء .

٣ — لا يمنع التوارث إذا مات أحدهما في العدة ، فإذا مات الزوج في أثناء العدة ورثته الزوجة ، وإذا ماتت الزوجة ورثها الزوج ، ما دامت العدة كانت قائمة وقت الوفاة .

٤ — لا يحل بالطلاق الرجعي مؤجل المهر ، إذا كان مؤجلاً لأقرب

الأجلين الطلاق أو الوفاة ، لأن هذا الطلاق لا ينهى الزواج بمجرد صدوره ، بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة . وقبل ذلك تكون العلاقة الزوجية ثابتة لا تنقطع ، وعلى ذلك لا يحل مؤجل الصداق بمجرد هذا الطلاق إذا كان مؤجلاً إليه ، بل لا يحل إلا بعد أن تنتهى العدة من غير مراجعة ، لأن ذلك وقت الانفصال بهذا الطلاق ، فبعد انتهاء العدة يكون هو والبائن سواء .

وخلاصة القول أن الطلاق الرجعى لا يؤثر في ملك الرجل إن راجع إلا أنه ينقص عدد الطلقات ، وإذا مضت العدة من غير مراجعة كان بائناً من كل الوجوه .

٢٥٨ - الرجعة : يعرف الحنفية الرجعة بأنها استدامة النكاح في أثناء عدة الطلاق ، ويعرفها الشافعى بأنها إعادة أحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق ، فالحنفية يعتبرون العدة استدامة ، أى أنها تعمل على بقاء النكاح الذى لم ينقطع . أما الشافعى ، فإنه يعتبرها إعادة للنكاح الذى أزاله الطلاق ، وحجته قوله تعالى في بيانها (وبعولتهن أحق بردهن) ، فهو عبر عنها بالرد والرد معناه الإعادة ، وأما الحنفية فيستدلون بالآية السابقة ، إذ سمي المطلق بعلا ، والبعل معناه الزوج فالزوجية باقية ، ولأنه عبر في آية أخرى عن الرجعة بقوله تعالى : (فأمسكوهن بمعروف) والإمسك هو الإبقاء .

وقد ترتب على هذا الخلاف في حقيقة الرجعة خلاف في طريقتها ، فالحنفية أجازوا أن تكون بالقول أو بالفعل ، فإذا قال لها راجعتك تمت الرجعة ، وإذا دخل بها أو كانت منه مقدمات الدخول اعتبر ذلك رجعة ، أما الشافعى فيرى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول ، وذلك لأن حقوق الزوجية قد زالت بالطلاق ولو كن رجعيًا ، ولا تعود إلا بالرجعة ، فإذا دخل بها قبل قوله راجعتك فقد ارتكب أمراً محرماً عليه ، والأمر المحرم لا يوجد حقاً ، ولا يعيد حقاً .

والرجعية القولية يستحب الإشهاد عليها عند الأئمة الثلاثة ، وعند الشافعى في مذهبه الجديد ، أما مذهبه القديم وهو رأى الشيعة وأحمد ، على قول فالإشهاد على الرجعة شرط كالإشهاد على عقد الزواج ، لأن عقد الزواج يشترط لإنشائه الشهادة ، فكذلك تشترط الشهادة في إعادته ، لأنها

كالإنشاء ، ويشترط الظاهرية للرجعة إعلان الزوجة بها إذا حدثت في غيبتها ولا يشترط الأئمة الأربعة ذلك قبل إعلامها له الرجوع فيها .
والمعمول به في مصر مذهب الحنفية . لأنه لم يوجد ما يفسخه ، ومن المصلحة الأخذ بمذهب الظاهرية .

ويلاحظ أن للرجعة حقاً مقررراً للزوج في الطلاق الرجعي ، فإذا قال بعد تمام صيغة الطلاق ، أى بعد وقوعه لا رجعة لى عليك ، أو أسقطت حق في الرجعة لا تسقط ، لأنها تثبت بإثبات الشارع ، وما ثبت بإثبات الشارع لا يملك الشخص إسقاطه بعد ثبوته .

٢٥٩- والرجعة لا تصح إلا منجزة لأنها استدامة للملك ، وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع إلا منجزاً ، وعلى ذلك إذا علق الرجعة على أمر سيقع في المستقبل لا تثبت الرجعة بهذه الصيغة ، بل لابد من صيغة جديدة منجزة لتوجد ، أما إذا علقها على أمر ثابت في الحال ، أو ثبت في الماضي ، فإنه يكون تنجزاً جاء في صورة التعليق . فإن قال لها إن كنت قلبي كذا ، أو إن كان منك كذا . وثبت أن ذلك واقع من قبل ، فإن الرجعة تثبت لأن التعليق صوري ، إذ المعلق عليه كان بائناً وقت حصول هذا القول .

وكذلك إذا أضاف الصيغة إلى المستقبل ، لا تثبت الرجعة ، لأنه عسى أن ينجى ذلك الزمن ، وقد انتهت العدة ، ولأن الرجعة تفيد استدامة الملك ، فلا تصح إلا بصيغة منجزة ، كسائر التصرفات التي تفيد الملك .

ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة - خلافاً للظاهرية - فلو راجعها قولاً وهي لا تعلم ، ثبتت الرجعة ، والأولى إعلامها لكيلا تكون مشاحة من بعد في وقوعها .

وإذا انتهت العدة لم يعد للمطلق سلطان ، وزال حق الرجعة ، وانقطعت حقوق الزوجية انقطاعاً تاماً ، فإن أراد أن يستأنف معها حياة زوجية جديدة فلا بد من عقد ومهر جديدين ، ما دام الحل ثابتاً أى لم تكمل الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على زوجته .

وبيان متى تنتهى العدة موضعه الكلام فى العدة إن شاء الله تعالى :

٢٦٠ - الخلاف فى الرجعة : إذا كانت الرجعة موضع اختلاف بين

الرجل والمرأة فإن كان الاختلاف فى أصل ثبوتها ، فهو اختلاف فى نوع الطلاق بأن كانت تدعى أنه لا يملك عليها الرجعة ، لأن الطلاق بائن ، وهو يقول أنه يملك لأن الطلاق الرجمى يملك بمقتضاه الرجعة ، فعلى المدعى إثبات دعواه ، فإن أقام أيهما بيينة ثبت مدعاه ، وإن أقاما بيينتين ، فبيئتها أحق بالسماع لأنها تأتى بغير الظاهر ، وتثبت جديداً ، إذ الأصل فى الطلاق أنه رجمى ، والأصل بقاء الحياة الزوجية ، حتى يوجد ما ينقها .

وإن كان الخلاف فى وجودها بأن ادعى أنه وقعت منه الرجعة ، وأنكرت وقوعها ، فإن كان ذلك والعدة قائمة ، فالقول قوله ، لأنه يملك الإنشاء فى الحال ومن يملك إنشاء تصرف فى الحال لا يكذب فى الإخبار عنه ، أما إذا كان ذلك الخلاف ، والعدة قد انتهت ، فعليه أن يثبت دعواه وقرع الرجعة منه بالبيينة ، وإن لم يستطع إثبات دعواه بيينة فالقول قولها من غير يمين عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان لا بد من اليمين .

وإن كان الاختلاف بينهما فى وجود العدة ، بأن جاء وراجعها ، فقالت : الرجعة باطلة ، لأن العدة قد انتهت ، وقال : الرجعة صحيحة لأن العدة لم تنته ، فإن كانت المدة التى مضت على الطلاق تحتل انتهاء العدة فالقول قولها بيمينها ، لأنها مصدقة فى الإخبار عن نفسها ، والعدة لا تعلم إلا من جهتها وكانت اليمين لإنكاره ولتعلق حقه بها ، وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانتهاء العدة ، بأن كانت أقل مما جعل مدة للعدة ، فإنها كاذبة فى قولها ، ولا يلتفت إليه ، وتكون الرجعة صحيحة ، لقيام القرينة الشرعية على كذبها .

وأقل مدة للعدة ستون يوماً عند أبى حنيفة ، وهو الراجح ، وتسعة وثلاثون عند الصاحبين ، وسنين وجهة كل عند الكلام فى العدة إن شاء الله تعالى .

٢٦١ - حكم الطلاق البائن : ١ - هو يزيل الملك بمجرد صدوره فى

كل أحواله ، فحقوق الزوج على زوجته تنقطع بمجرد وقوعه ، ولا حق

له إلا البقاء في منزل الزوجية في مدة العدة ، وحق النفقة في العدة لها ، وليس له أن يراجعها وإن أراد أن يستأنفا حياة زوجية ، وكان الحل لم ينته فإنما يكون ذلك بعقد ومهر جديدين .

٢ — وهو يحل به مؤخر الصداق إن كان مؤجلاً لأقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، لأن الانفصال قد تم به .

٣ — وهو إذا كان لم يكمل الثلاث يحسب من الطلاقات التي يملكها الرجل ، فينقص الحل ، وإن كان مكملًا للثلاث يزيل الحل .

٤ — وهو يمنع التوارث ولو مات أحدهما في العدة ، إلا إذا اعتبر فاراً من الميراث بأن كان مريضاً مرض الموت ، وطلقها في مرضه من غير رضاها ، فإنها لا ترث إن مات وهي في العدة على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

٢٦٢ — أقسام الطلاق البائن : ينقسم الطلاق البائن إلى قسمين : بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، فالبائن بينونة صغرى هو الذي لا يكمل الطلاقات الثلاث ، كالطلاق قبل الدخول ، أو بعد الدخول على مال . والبائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث .

والبائن بينونة صغرى يزيل الملك ، ولكن لا يزيل الحل ، فله أن يعقد عليها من جديد في أي وقت ، في العدة أو بعدها ، أما البائن بينونة كبرى ، فإنه يزيل الملك والحل ، فلا يعقد عليها إلا بعد أن تزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها ثم يطلقها وتنتهي عدتها ، وذلك لقوله تعالى بعد الطلقتين « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، وقد بين الفقهاء شروط حلها للأول ، فقالوا

(أ) يشترط أن يتزوجها الزوج الآخر زوجاً ، صحيحاً (١) فإذا كان

(١) قد شاع بين الناس ما يسمى بالحلل ، وهو أن يزوج رجل امرأة يقصد بالزواج منها أن يحلها لطلقها ثلاثاً ، ولذلك حالان ، إحداهما أن يخفي هذه الحقيقة عند عقد العقد ولا ينطق بها عند إنشاء الصيغة ، وهذا العقد قد قال فيه جمهور الفقهاء إنه صحيح ، لأن البواعث في العقود غير معتبرة في صحتها ، وبعض المالكية والحنابلة يقولون إنه باطل ، لأن الذي صل الله عليه وسلم لمن الحلل له ، ولأنه نكاح مؤقت في الحقيقة والنكاح المؤقت باطل وعلى ذلك لا تحل للأول عند هؤلاء ، وأما إن صرح عند إنشاء العقد بأنه يعقد عليها ليحلها للأول فهناك اختلاف

عقد الثاني فاسداً ، وحصل فيه دخول حقيقى فإنه لا يحلها للأول ، لأن الآية صريحة فى اشتراط الزواج الصحيح ، لأن الله سبحانه وتعالى يقول « حتى تنكح زوجاً غيره » . والعقد الفاسد لا يسمى نكاحاً ، والرجل فيه لا يسمى زوجاً .

(ب) ويشترط أن يدخل بها دخولا حقيقياً بعد العقد الصحيح ، لأن النبى ﷺ قرر أن الحل لا يكون إلا بعد أن تلدق عسيلة زوجها الثانى ويلدق عسيلتها (١) ولأن ذلك التحريم لتلدق عشرة الآخر ، فتعرف حق زوجها السابق إن كانت هى الناشئة ، ولكى يراها فى عصمة غيره ، يعاشرها معاشرة الأزواج الدائمة فيثير ذلك فى نفسه بواعث الندم ، إن كان قد ظلمها بالطلاق ، فإن استأنفا عشرة جديدة من بعد ذلك راعى كل منهما حق صاحبه ، وعرف نعمة الله فى عشرته ، فيؤدم بينهما بالمودة ، ولا يكون ذلك إلا إذا دخل بها الثانى ، وتمت بينهما عشرة زوجية .

= الفقهاء عامة ، واختلف فقهاء المذهب الحنفى خاصة ، فقد قال أبو حنيفة وزفر تحل للأول ولكن ذلك يكون مكروهاً لها لأن شروط العقد الصحيح مستوفاة والشرط الأخير ملغى ، لأنه شرط فاسد فيصح العقد ويلغى الشرط ، وقال أبو يوسف النكاح فاسد ولا يحلها للأول لأنه نكاح مؤقت ، والنكاح المؤقت باطل والتوقيت ظاهر فى اشتراط ذلك الشرط وقال محمد رضى الله عنه النكاح الثانى صحيح ولا تحل للأول وذلك لأن شرط استحلالها بالعقد استعجال ما أخره الله تعالى لعودة الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً ، لكن لا يحصل الفرض إن طلب عقب الزواج مع الدخول كن قتل مورثه ليستعجل الميراث .

(١) جاء فى البدائع « هذا قول عامة العلماء » وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد ، واحتج بقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » والنكاح العقد فيثبت به إحلالها للأول ، واحتج عامة العلماء بأن الحديث المشهور فسر المراد من الآية الكريمة بما يفيد أنه للعقد الصحيح مع الدخول فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها غيره . فأغلق الباب وأرخص السر وكشف الخمار ثم فارقتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تحل للأول حتى تلدق عسيلة الآخر ، وقد جاء فى البدائع فى الاحتجاج لرأى الجمهور بالمعقول ، « أما المعقول فهو أن الحرمة الغليظة إنما تثبت بقوة للزوج الأول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى هو مكروه شرعاً زجراً له ، ومنعاً له عن ذلك ، ولكن إذا تفكر فى حرمتها عليه إلا بزواج آخر الأمر الذى تنفر منه الطباع السليمة انزجر . ومعلوم أن العقد بنفسه لا تنفر منه الطباع السليمة . ولا تكرهه فكان الدخول شرطاً فيه ، ليكون زجراً له ومنعاً من ارتكابه .

(ح) ويشترط أن يكون الزواج بعد انتهاء عدة الثاني ، وهذا شرط في كل زواج .

٢٦٣ - مسألة الهدم : إذا عادت المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول تعود إليه بكل كامل ، أى أنه يملك عليها ثلاث طلاقات جديدة ، لأن الزوج الثاني ألغى التحريم بنص الآية ، وهذا متفق عليه ، وإنما موضع الخلاف إذا طلقت المرأة طليقة أو اثنتين وتزوجت آخر زوجاً صحيحاً ، ودخل بها ثم طلقها ، ثم تزوجها فطلقها الأول أتعود إليه بكل كامل ، أم تعود إليه بما بى من الحل الأول ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف : تعود إليه بكل كامل ، أى أن الزواج الثاني هدم ما دون الثلاث كما هدم الثلاث ، وعند محمد وزفر تعود إليه بما بى من الحل السابق ، أى بطليقة إن كانت قد بقيت منه واحدة ، واثنين ، إن كان قد طلقها واحدة (١) وحجتهما أن الزواج الثاني إنما أعاد الحل كاملاً بسبب الحرمة التى أثبتتها الطليقة الثالثة ، فهو مزيل لهذا التحريم بنص الآية الكريمة : « فإن طلقها ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ولم يثبت التحريم بالطليقة الواحدة أو الثانية ، فلا حل يثبت به ، لأن لإثبات الحل ، إنما يكون إذا ثبت التحريم ، ولم يثبت تحريم .

وحجة أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما :

(أ) أن الزواج الثاني هدم الطلاقات الثلاث فأولى أن يهدم الطليقتين ، والطليقة الواحدة .

(ب) وأن الحل الأول قد زال بعدم إمكان العقد عليها في مدة زواجها بالثاني ، وتأكد الزواج بدخوله بها ، والحل حال من الأحوال المستمرة التى تقبل القطع ، وقد قطع بالزواج الثاني وتأكد القطع بالدخول ، فإذا طلقها ، وانتهت عدتها لا يعود الحل القديم الذى زال ، لأن الزائل لا يعود ، بل ينشأ حل جديد كامل .

(١) هذه المسألة مختلف فيها بين الصحابة رضى الله سبحانه وتعالى عنهم . فروى عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر مثل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ، وروى عن ابن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر .

والمعمول به في المذهب الحنفي هو مذهب الشيخين ، ومن المتفق عليه أنها لا تعود بحل جديد ، بل بالحل الناقص إن تزوج البائنة بينونة صغرى زوج آخر ولم يدخل بها .

طلاق المريض مرض الموت

٢٦٤ - هو المرض الذي يخشى فيه من الموت ، ويحدث منه الموت غالباً أو يتصل الموت به ، وقد اختلف في أمارته ، فقليل إن أمارته أن يلزم المريض الفراش ، وقيل إن أمارته ألا يقدر على الصلاة قائماً ، وقيل إن أمارته ألا يستطيع المشي إلا بمعين ، وقيل إن أمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلاً ، وألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة ، وهكذا يختلفون في أمارته ، ولكن المعنى الأصلي لا اختلاف فيه ، وعلى القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه (١) .

وقد ألحق بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حال يخشى فيها الهلاك ويتوقعه ويموت موتاً متصلاً بما توقع فيه الموت ، كمن يحكم عليه بالإعدام ويعدم أو من يكون في سفينة تلاطمت بها الأمواج ، وتوقع الغرق وغرق فعلاً .

وطلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه يقع ، وإن كان رجعيًا فله حكم الطلاق الرجعي كاملاً ، وإذا مات في العدة ورثته الزوجة ، لأن الطلاق الرجعي ، لا يمنع التوارث في العدة ولو كان المطلق صحيحاً ، وإن كان بائناً فإن الحكم يختلف إذا اعتبر الزوج بطلاقه فاراً من الميراث بأن قامت أسباب الظن ، بأنه طلقها طلاقاً بائناً في ذلك الوقت فراراً من الميراث ويتوفر ذلك الظن إذا طلقها طلاقاً بائناً ، وكان طائعاً بغير رضاها وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض ، فإنه يعتبر فاراً بطلاقه البائن من الميراث ، فلو كان مكرهاً على الطلاق على فرض أن طلاق المكره يجوز كما هو مذهب الحنفية فإنه يعتبر فاراً ، وقد أبعد

(١) قد بينا حقيقة مرض الموت وتصرفاته في كتابنا الملكية ونظرية العقد ص ٣٠٠

القانون ذلك الفرض . إذ أن طلاق المكره لا يقع ، وإن كان الطلاق بطلبها وثبت الطلب ، أو كان الطلاق على مال فإنه لا يعتبر فاراً . لأن طلبها أزال مظنة الفرار ، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق ، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ؛ فإنها لا تكون مستحقة للميراث ، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره وإنما زالت في هذه الصورة مظنة الفرار ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه ، فلا يتصور فرار من أمر غير متوقع ، ولا بد من صلاحية استحقاقها للميراث إلى وقت الوفاة ، فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام ، لا يعتبر الزوج فاراً ، لأنها بارتدادها أسقطت حقها في الميراث ، وأزالت عقدة الزواج بسبب من جانبها فصارت كما لو ارتضت الفراق ، فلا تستحق ميراثاً ، ولأن ارتدادها أزال الزوجية التي هي سبب ميراثها .

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار ، ومات المريض من مرضه وهي في العدة ورثته ، وخالف في ذلك الشافعي ، فقال إنها لا تراث كالمطلقة طلاقاً بائناً في الصحة ، لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين ، فإذا ارتفعت قبل الموت فقد زال سبب الميراث فلا يثبت ، ولا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته ، فلا عبرة بنيته .

وحجة الحنفية : (أ) أن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث من طلقها عبد الرحمن بن عوف في مرضه الذي مات فيه ، ولم ينكر أحد من الصحابة ، عمله وقد علموه فكان هذا في معنى الإجماع .

(ب) وأن الزوجية وهي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث ، فردد عليه قصده ما بقيت العدة ، لبقاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها ، ولو انتهت العدة تكون آثار الزوجية قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعي لوجوب الميراث .

٢٦٥ - وقد قال أحمد بن حنبل إن زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلانه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ، ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت قبل موته ، وذلك ليرد عليه قصده فترث ما لم يوجد مانع يقطع فرض قيام الزوجية بينهما وبين المورث قطعاً تاماً ، وذلك بأن تزوج من غيره قبل موته ، وبعد انتهاء عدتها ، لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية إذ لا يتصور أن تكون زوجة من اثنين ، وعلى ذلك الرأي ابن أبي ليلى من فقهاء العراق .

وقال مالك إن حقها في الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل الموت لأن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال ، كما لم يطلقها .

وردأى أبي حنيفة وأصحابه هو الرأي الوسط الذي يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهي ، وقريب منه الرأي الحنبلي ، وقد اقترح في مشروع سنة ١٩٥٦ العمل بمذهب ابن حنبل .

٢٦٦ - هذا ويلاحظ ما قلناه ، في الخلوة الصحيحة من أن الطلاق بعدها لا يثبت ميراثاً ، ولو قصد به الفرار من الميراث ، لأن ثبوت العدة فيها للاحتياط ، وما يثبت للاحتياط لا يتعدى إلى إسقاط حق الغير الثابت أو نقصه وهو حق الورثة الثابت .

ولقد قال بعض الكتاب إنه بعد قانون سنة ١٩٢٩ لا يتصور طلاق بائن في مرض الموت يعتبر به الزوج فاراً ، إلا الطلاق المكمل للثلاث ، لأن كل طلاق رجعي ما عدا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما يملكه القاضي بائناً ، والطلاق قبل الدخول يثبت بلا عدة فلا يوجب ميراثاً ، ولو اعتبر فاراً ، والطلاق على مال ، وما يكون بحكم (م ٢١ - الأحوال الشخصية)

القاضي كأن يكون بطلها أو رضاها فلا يتحقق فيه الفرار (١) .

ولكن هناك فرق أخرى اعتبرت طلاقاً بائناً أو في حكمه كاللعان ، والردة ولم يبلغ القانون اعتبارها كذلك ، فإذا حدثت من الزوج في مرض الموت ، اعتبر فاراً من الميراث ، فاللعان ، والارتداد ، ونحو ذلك في مرض الموت ، يوجب ميراثها ، وكذلك خيار الإقامة إن كان في مرض الموت ، مع أنه يعتبر كنقض للعقد من أصله .

٢٦٧- وإذا جاءت الفرقة من جانب المرأة في مرض الموت ، وكانت طائعة مختارة ، ولم يكن ما كان منها برضا زوجها ، كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو كان منها مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ، فإنها أيضاً تعتبر فارة ، ويستحق زوجها الميراث

(١) - (أ) من الصور التي يعتبر بها فاراً في المذهب الحنفي دون القانون في نظرنا إذا حلف ألا يقرها ، وهو مريض مرض الموت ، ولم يقرها حتى مضت أربعة أشهر ، ومات يعتبر فاراً ، ولكن إذا حلف وهو صحيح ثم مرض ، ومضت أربعة أشهر ثم مات من مرضه ، فإنها لا ترث ، لأن السبب حديث وهو صحيح .

(ب) ومن الصور التي يذكرها الحنفية أيضاً التعليق ، إذا علق الطلاق في مرض الموت على فعل أجنبي أو على زمن ، ووقع المعلق عليه في المرض ورثت لثبوت قصد الفرار وإن كان التعليق على ذلك وهو صحيح ، ثم كان المعلق عليه وهو مريض لا ترث إذ قصد الفرار لم يتحقق ، وإذا علق الطلاق بفعل نفسه ، ووقع منه المعلق عليه في مرض موته ، سواء أكان التعليق في الصحة أم في المرض فلها الميراث ، لأن التعليق منه والفعل منه فقصد الفرار ، ولو كان الفعل ليس له منه بد إذا كان التعليق في المرض ، وإن علقه بفعل الزوجة ، فإن كان التعليق والشرط في مرض الموت والفعل لها منه بد فلا ترث لأنها راضية بالطلاق وإن لم يكن لها منه بد كأن قال إن أكلت أو شربت ترث لأنها غير مختارة في اشتراكها في إيقاع الطلاق ، وإن كان التعليق في الصحة ، ووقع الشرط منها في المرض لا ترث مطلقاً عند محمد وزفر ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن كان الفعل لها ما لا بد منه ترث . وإلا فإنها لا ترث ، لأن الزوج اضطرها إلى ذلك ، ولو كان التعليق منه وهو صحيح .

(ج) وما يتصل بهذا وهو عكس الفرار ما إذا قال لزوجته في مرضه : كنت طلقك ثلاثاً فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ، تجوز الوصية ويصح الإقرار عند الصحابين ولا تنفذ الوصية ولا الإقرار بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ، لأنهما متهمان بالتواطؤ على حق الورثة ، وحجة الصحابين أن الزوجية انتهت بالطلاق الذي ارتضته ، ولم يكن الطلاق في المرض .

إن ماتت وهي في العدة لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها فيرد عليها قصدها .

٢٦٨ - ومن المقرر في مذهب الحنفية أنه إن طلقها طلاقاً بائناً في مرض الموت بطلبها ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ، فلها الأقل من الدين ، والوصية ، والميراث ، وثالث التركة إذا ماتت وهي في العدة ، لأن تهمة المحابة ثابتة ، إذ أن ذلك الإقرار والوصية بعد الطلاق الذي وقع برضاها يكون المقصود منهما المحابة بإعطائها أكثر من نصيبها في الميراث .

وهذا مبني على رأي الحنفية مع كل فقهاء المذاهب الأربعة من أن الوصية لوارث لا تجوز ، أما على مقتضى قانون الوصية المقتبس بعضه من مذاهب الشيعة ، فالوصية لوارث تجوز ، وعلى ذلك تكون كل محابة أو ما يكون فيه شبهة المحابة جائزاً نافذاً ما دام يخرج من الثلث ، ومما فيه شبهة المحابة الإقرار بدين الوارث في مرض الموت ، فيكون صحيحاً ما دام لا يزيد على الثلث .

التفويض

٢٦٩ - إن الزوج كما يملك التطليق بنفسه يملك أن ينيب عنه غيره فيه ، فله أن يوكل غيره في تطليق امرأته ، ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً ، وكذلك له أن يفوض أمر الطلاق إلى غيره ، ويكون التفويض بتعليق أمر الطلاق على مشيئة الأجنبي ، كأن يقول : طلق امرأتى إن شئت ، لأنه إذا علق الطلاق على مشيئته فقد فوض إليه أمره ، فإن شاء طلق وإن شاء لم يفعل ، فلم يكن الأمر توكيلاً خالصاً ، بل تمليكاً لأمر الطلاق إن شاء .

وكما أن له أن ينيب شخصاً في أمر الطلاق بالتوكيل أو بالتفويض ، فله أن ينيب زوجته فيه ، ولا تكون إنابة الزوجة في الطلاق إلا تفويضاً ، لأنه إذا أنابها ، ولو بصيغة التوكيل ، فقد جعل طلاقها تبعاً لمشيئتها ، فإن شاءت طلقته نفسها ، وإن شاءت لم تفعل رفضت تلك الإنابة ، فكانت إنابة الزوجة تفويضاً دائماً ، فإذا قال رجل لامرأته : طلق نفسك كان ذلك تفويضاً ، وكذلك إذا قال لها : اختارى نفسك وأراد تطليقها نفسها ،

لأنه يكون في معنى طلق نفسك ، ومثلها إذا قال لها أمرك بيدك ، وأراد بها الطلاق ، إذ يكون في معناهما .

وهنا نجد فرقاً بين التوكيل والتفويض ، فالوكيل يعمل بإرادة الموكل ، أما المفوض إليه فيعمل بإرادة نفسه ، ويفترقان عن الرسالة ، بأن الرسول ينطق بلسان من أرسله ، فهو أقل حالاً من الوكيل ، إذ الوكيل وإن كان يعمل بإرادة من وكله فهو يوقع التصرف بعبارة ، وأما الرسول فالبعبارة والإرادة للمرسل .

فالتفويض على هذا تملك الزوج غيره حق تطليق امرأته ، وتفويض المرأة هو تملكها حق تطليق نفسها ، ويفترق التفويض عن التوكيل في الحكم : (أ) بأن الزوج له أن يعزل الوكيل في أى وقت شاء ، فإذا عزله فليس له أن يطلق ، أما التفويض فإن الزوج لا يملك عزل من فوضه ، بل إنه يلزمه والعلة في ذلك أن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه ، فهو طلاق معلق ، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك أن يرجع في كلامه ويلغى تعليقه ، وإذا كان التفويض إلى الزوجة . وهذا أكثر أحواله ، فإنه يكون قد علق الطلاق على مشيئتها ، فلا يملك الرجوع في تعليقه ، لأن الحنفية المعمول بمذهبهم في هذا يجعلون التعليق كالمبين دائماً ، لا يجوز الرجوع فيه وإلغاؤه .

وليس معنى كون التفويض تملكاً أن ملكية الزوج للطلاق قد انتقلت إلى من فوضه ولم يعد هو مالكا ، بل إنه إشراك له فيما يملكه من تصرف ، ولم يسلب حقه الأصل فيه .

(ب) ويفرق بين التوكيل والتفويض أيضاً بأن الوكيل لا يتقيد بوقت إن كان مطلقاً ، أما التفويض فإنه يتقيد بمجلسه إذا كان مطلقاً ، إلا إذا كانت صيغة التفويض تتم الأوقات كلها ، كأن يقول لها : طلق نفسك في أى وقت شئت ، أو متى شئت فإنها في هذه الحال لا تتقيد بمجلس التفويض .

٢٧٠- والوضع الفقهي للتفويض أنه تعليق من جانب الرجل كما ذكرنا ، لذلك لا يملك الرجوع فيه إن صدر عنه ، وإن كان التفويض مطلقاً

عن الوقت تقيد بالمجلس كما ذكرنا ، فإن كانت حاضرة تقيد بمجلس التفويض ، وألا يصدر عنها ما يدل على الرفض والإعراض ، فإذا فوض إليها ، فشغلت نفسها بأمر يعد إعراضاً ، فإن التفويض يبطل ، وإن كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس علمها ، ويبطل برفضها في المجلس ، أو إعراضها وانصرافها عن المجلس من غير رفض أو قبول .

وإذا كان التفويض مقيداً بزمان فإنه يستمر إلى أن ينتهي هذا الزمن ، فإذا فوضها مدة شهر ، فلها حق تطبيقها نفسها في مدى هذا الشهر ، وإن انقضى ولم تطلق نفسها فيه فإن التفويض يبطل .

وإذا كان التفويض بصيغة تعم الأوقات ، ولا تقيد بها بالمجلس ، ولا بزمان معين ، فإنه يكون لها تطبيق نفسها في أي وقت شاءت من غير قيد زمني يقيد بها ، وإن طلقت نفسها مرة انتهى التفويض ، إلا إذا كان قد شرط لها التكرار ، بأن قال لها طلقي نفسك متى شئت ، وكلما شئت ، فإن التعبير بكلما يفيد التكرار ، فلها أن تطلق نفسها مرة ومرتين وثلاث مرات .

وعلى مقتضى المعمول به ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في جملة واحدة مقترنة بالعدد لفظاً أو إشارة ، لأن ذلك لا يملكه الرجل بمقتضى القانون ، فلا يملكه النائب عنه ، والمرأة في التفويض نائبة عن الزوج في تطبيق نفسها ، لأنها إنما ملكت تطبيق نفسها بتمليكها ، ولا يسوغ له أن يملك مالا يملك بحكم القانون .

والأصل في هذا كله كما قلنا أن التفويض تعلق الطلاق على مشيتها ، فإن كان مقيداً بزمان كان تعليقاً بزمان ، وإن كان عاماً لكل الأزمنة كان كذلك ، وإن كان مطلقاً انصرف إلى وقت المجلس . لدلالة قرينة الحال ، ولأنه ليس من المصلحة أن يجعل أمر الزواج معلقاً على مشيتها من غير عبارة صريحة تدل على إرادة ذلك ، ولأنه يشبه التملك ، وعقود التملكيات تقيد بالمجلس ، فتقيد به .

وإن الطلاق المعلق مقيد بما قيد به الطلاق المنجز ، وهو ألا يكون بثلاث في جملة واحدة ، أو وقت واحد .

٢٧١- وألفاظ تفويض الرجل لامرأته كثيرة . وجماعها كل لفظ يدل على معنى التفويض ، ولكن الفقهاء ذكروا ثلاثة ألفاظ هي : طلق نفسك ، واختارى نفسك ، وأمرك بيدك ، والأول منها من الألفاظ الصريحة في الطلاق فلا تحتاج إلى نية ، واللفظان الآخران من كنايات الطلاق فلا بد لتمام التفويض بهما من النية ، كما هو مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإن اختلفا في وجود النية فلا بد من إثباتها ، والقول قول الزوج يمينه عند إنكارها إن لم تكن بينة .

ويلاحظ أن المرأة إذا طلقت نفسها بالتفويض يكون الطلاق رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول أو كان مكلاً للثلاث ، أو كان على مال ، لأن الزوج لا يملك إلا الطلاق الرجعى ، فما تملكه منه يكون رجعياً أيضاً ، ولو كانت صيغة التفويض تحتل إرادة للبائن ، لأن البائن لا يقع بإرادته ، بل بحكم الشارع .

٢٧٢- والتفويض يصح قبل الزواج ، ويصح عند إنشائه ، ويصح بعده عند الحنفية ، وذلك لأنه تعليق ، وتعليق الطلاق قبل الزواج جائز ، إذ كان التعليق على الزواج أو على الزواج وشرط آخر معه ، وخالفوا بذلك أكثر الأئمة .

وعلى ذلك إذا قال لامرأة قبل أن تزوجها : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فإنه إن تزوجها ثبت التفويض غير المقيد بالزمن لها . ويكون لها أن تطلق نفسها متى شاءت .

وإذا كان التفويض عند إنشاء الزواج ، فإن كان بصيغة تتضمن تعليق التفويض على وجود الزواج ، ثم تم الزواج ، فإنه يتم معه التفويض ، إذ أنه في الأمر تعليقان : أحدهما تعليق التفويض على الزواج ، والثاني تعليق الطلاق على مشيئة المرأة ، وتعليق الطلاق على شرطين جائز نافذ عند الحنفية .

فإذا قال عند إنشاء الزواج تزوجتك ، وإن تم الزواج فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فقالت : قبلت الزواج ، فإن الزواج يتم ، ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت .

وإذا كان التفويض عند إنشاء الزواج بصيغة لا تتضمن تعليقه على تمام الزواج ، فإنه إذا كان المبتدئ بالإيجاب الزوجة أو وكيلها ، بأن قالت : زوجتك نفسى على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى متى شئت ، فإنه إذا قبل يتم الزواج ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، وذلك لأن سبقها بالإيجاب مع هذا الشرط ، ثم تعقيبه بالقبول ، وهو يتضمن قبول الزواج ، ثم قبول الشرط — يكون التفويض قد تم بعد إنشاء الزواج ، والتفويض بعد الزواج جائز فى أى وقت ، من غير تقييد بتعلق معين .

أما إذا كان السابق بالإيجاب هو الزوج ، فقال مثلاً تزوجتك على أن يكون أمرى بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فإن تم العقد قبلت يتم الزواج ولا يكون تفويض لأن التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه . فوقع التفويض قبل أن يملك الطلاق ، ومن المقرر أن من يملك شخصاً شيئاً لا بد أن يملكه ، وهو لا يملكه قبل الزواج ، ولم يعلق التفويض على تمام الزواج فلا يثبت . ولكن الصيغة صحيحة من إنشاء الزواج ، فينشأ بها ، ويكون اشتراط التفويض لغو لا يلتفت إليه .

ونرى من الصيغ التى ذكرناها أن التفويض عند إنشاء الزواج إذا كان قد اقترن بكلمة متى شئت ، يشمل كل الأزمان ، ولا يقيد بزمن معين ، فإذا كان التفويض عند الإنشاء مطلقاً ، كأن قالت : تزوجتك على أن أمرى بيدى ، أطلق نفسى إن شئت فمقتضى النصوص الفقهية أن التفويض يتقيد بمجلس إنشاء العقد ، أى أنها إن لم تطلق نفسها فى مجلس العقد بطل التفويض ، لأنه إن أطلق قيد المجلس كما ذكرنا ، ولكن استحسن بعض المحاكم أن يعم التفويض كل الأوقات ، ويكون الأمر كما لو قالت متى شئت ، لأن ذلك هو مرادها ، وقرينة الحال تؤيده ، إذ المعقول أنها ما تزوجت لتطلق نفسها فى الحال بل لتملك ذلك الحق فى المال ، والألفاظ تفسر بأغراضها ومرامها ، وإلى أميل إلى ذلك الاستحسان ، وإنه فقه مستقيم .

والتفويض جائز فى كل الأوقات إذا كان العقد قائماً أو قبله وعلق عليه كما ذكرنا .

٢٧٣ - والأصل فى التفويض أن نساء النبي ﷺ طالبنه بسعة النفقة

بما لا يقدر عليه فغضب وحرمن على نفسه شهراً فأنزل الله سبحانه وتعالى عليه قوله سبحانه . « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزْوَاجُكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْدارَ الْآخِرَةَ ، فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُمْ أَجْراً عَظِيماً » فخيرهن النبي ﷺ فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة .

ومن هذا أخذ جمهور الفقهاء تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة في أثناء قيام الزوجية ، لأن ما قام به النبي ﷺ بأمر ربه - في معنى هذا ، إذ أنه جعل أمر قيام الزوجية إلهين ، فإن شئت أبقيتها ، وإن شئت قطعها .

وقال الظاهرية : إن التفويض لا يجوز ، لأنه تملك الطلاق للمرأة ، وهو بيد الرجل بحكم الشرع ، ولا يغير أحد حكم الشرع ، ولقد استنكر عمر بن الخطاب فعل من جعل أمر الطلاق بيد امرأته ، فقال : يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم ، فيجعلونه في أيدي النساء ، فيها التراب ، وما كان للنبي ﷺ ، فهو خاص به وهو ليس في معنى التفويض ، لأنه لم يجعل الطلاق بأيديهن ، بل إن من تختار الفراق يطلقها ولا تطلق نفسها .

ولكن المأثور عن الصحابة عامة إجازة التفويض ، ومن الفقهاء من جعل اختيارها نفسها تطليقة واحدة رجعية ، ومنهم من جعلها بائنة ، ومنهم من أجاز لها الاثنين والثلاث ، إن لم يكن في لفظ التفويض ما يمنع ، والمعمول به كما رأيت أن يكون واحدة رجعية ، وعلى ذلك إذا راجعها بعد تطليق نفسها ينتهي التفويض إذا لم يشترط لها التكرار ، ولو كان التفويض بقوله متى شاءت لأنها بهذه ليست إلا واحدة ، وقد فهم بعض القضاة أنه إذا كانت الصيغة لعموم الأوقات يكون لها التكرار ، لأن الحال تفيد ذلك وليس هذا الفهم سليماً ، لأن العبرة بما يدل عليه اللفظ ، ولأنه يعمل بالقرائن التي تتنافى مع اللفظ ، ولأن العبرة بمقصده ، لأنه مصدر القول ، ولأن منطلق القوانين الخاصة بالطلاق تجعل المرجح نيته كالشأن في كتابات الطلاق ولأن هذا حق استثنائي لا يتوسع فيه .

وقد اتفق الحنفية والمالكية على أن التفويض يتقيد بالجلس ، إن لم يكن ما يدل على العموم في كل الأوقات ، أو ما يدل على أن التفويض يمتد إلى

ما وراء المجلس ، وعلى أن الزوج ليس له أن يرجع في التفويض ، لأنه في معنى التعليق كما ذكرنا .

أما الشافعي . فقد قرر أن التفويض ككل العقود لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ، وللزوج أن يرجع في إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، لأنه لم يعتبر إيجابه تعليقاً . وتنقيد هي بالمجلس أيضاً ، لأنه إذا تفرق المجلس بطل الإيجاب ، وإذا جعل لها الاختيار فيما وراء المجلس ، ففي مذهب الشافعي رأيان ، قيل تنقيد بالمجلس وقيل لا تنقيد .

الخلع

٢٧٤ - الخلع يحىء على السنة فقهاء الشريعة ، فيراد به أحياناً معنى عام ، وهو الطلاق على مال تفتدى به الزوجة نفسها ، وتقدمه لزوجها ، سواء أكان بلفظ الخلع أو المبرأة ، أو كان بلفظ الطلاق ، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن ، وأحياناً يطلق ويراد به معنى خاص ، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع ، أو ما في معناه كالمبرأة ، وهذا كان شائعاً على السنة المتقدمين من الفقهاء ، فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسم الخلع ، ولم يكن هذا شاملاً له داخلاً في عمومه .

والأحكام المنصوص عليها بعقدها يعم ، والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع أو المبرأة ، ونحن نختار إرادة المعنى العام .

وهذا النوع من الطلاق شرطه هو شرط الطلاق عامة ، وإنما ميزه عن غيره أنه طلاق في نظر مال تقدمه الزوجة لزوجها ، والأصل فيه قوله تعالى « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فهذه الآية الكريمة أباحت للمرأة أن تقدم مالا تفتدى به نفسها ، وأباحت للرجل قبوله في نظر الطلاق ، عندما يخافان ألا يقوموا بحق الزوجية ، وألا تكون بينهما عشرة زوجية يرتضيها الدين الإسلامى .

٢٥٧ - الوضع الفقهي للخلع : والوضع الفقهي للخلع أنه عقد يعقد

بإيجاب وقبول ، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ، فهو من جانب الرجل يعتز تعليقا للطلاق على قبول المال ، ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات ، لهذا الاعتبار المختلف - اختلفت أحكامه في الرجل عن المرأة . فيأخذ من الرجل أحكام التعليق . ومن المرأة أحكام المعاوضة التي لها شبه بالتبري ، ويتفرع على ذلك الأحكام الآتية :

(أ) إذا كان الزوج هو الذى صدر عنه الإيجاب ، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها ، لأن التعليق لا يجوز الرجوع فيه . فإذا قال لها خلعتك على مائة فسكت ولم تقم من مجلسها ، واستمرت مترددة بين القبول والرد ، فليس له في تلك الفترة أن يرجع ، وإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب ؛ لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح ، فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ، ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول ، لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول . وإن كان إيجابه وهي غائبة ، فإنها تنقيد بمجلس علمها ، فإن قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الإيجاب ، ولم يعد لها الحق في القبول ، لأن ذلك حكم العقود المالية .

وإذا كانت هي الموجبة ، بأن قالت مثلا : لك مائة جنيه إن طلقتنى ، فإن لها أن ترجع في إيجابها هذا قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو ، يبطل الإيجاب ، وذلك لأن عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها إلا بقبول الطرف الآخر ، فلا يلزم الموجب بإيجابه فيها قبل قبول الآخر ، وتفرق المجلس فيها يبطل الإيجاب ، لأنه دليل على الإعراض أو الرجوع في القبول ، فيبطل الإيجاب بقيامها أو قيامه ، إذ قيامه لإعراض ، وقيامها رجوع عن الإيجاب .

(ب) يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على أمر من الأمور فيقول لها مثلا : خلعتك على مائة إن قبل أبوك ، لأن التعليق يجوز على أمر آخر ، ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور ، لأن عقود التمليكات لا يجوز تعليقها بل لا تكون إلا بصيغة منجزة ، والخلع تمليك مال بالنسبة لها ، فيأخذ كل أحكام التمليك .

(ج) ولا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع ، لأنه تعليق .
 وخيار الشرط ، أى حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات ،
 ويثبت لها خيار الشرط إذا كان الثلاثة أيام ، أى لها حق الفسخ في هذه المدة
 عند أى حنيفة ، فإن قال لها خالعتك على مائة فقالت قبلت على أنى بالخيار
 ثلاثة أيام ، فقد قال أبو حنيفة أن خيار الشرط يلزم ويكون لها الخيار
 ثلاثاً ، وقال الأصحابان ، يصح الخلع ويتم ، ويبطل شرط الخيار ، لأن الخلع
 حقيقة معناه تعليق الطلاق على قبول المال وبقبولها المال قد وقع المعلق
 عليه ، فيقع الطلاق ، ويلغى الشرط ، إذ لا موضع له بعد قبولها ، وحجة
 أبى حنيفة رضى الله عنه أن خيار الشرط يدخل المعاوضات المالية ، والتصرف
 من جانبها معاوضات مالية ، فلها أن تشترطه ، ولأن الطلاق إنما علق على
 قبولها المال ملتزمة بأدائه ، ولا يكون ذلك مع اشتراط الخيار ، إلا إذا
 مضت المدة أو أبطلت الخيار .

(د) ولا اعتبار العقد بالنسبة لها معاوضة في معنى التبرع اشترط في الخلع
 بالنسبة لها أن تكون مع صلاحيتها لإيقاع الطلاق عليها — أهلاً للتبرع ،
 لا بد لثبوت بدل الخلع عليها من أن تكون بالغة عاقلة رشيدة ، لأن من
 لا تستوفي هذه الشروط ليست أهلاً للتبرع .

وإنما اعتبر من جانبها معاوضة في معنى التبرع ، لأن بدل الخلع ،
 لا يوجد مال في نظيره ، وإنما هو افتداء نفسها بهذا المال ، فلا يمكن اعتباره
 معاوضة خالصة لأن المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال أو ما في معناه .

٢٧٦ — والأحكام السابقة نعم لإنشاء الخلع ، والطلاق على مال ، فإنشاؤهما
 واحد ، ولكن الطلاق على مال لا بد فيه من ذكر البدل دائماً . أما الخلع
 بلفظ الخلع ، فإن كان بلفظ خلعتك ، فلا بد فيه من ذكر المال لكي يكون
 خلعاً شرعياً يحتاج إلى قبولها ، ويأخذ حكم الخلع ، أما إن لم يذكر المال ،
 فإنه يكون طلاقاً بلفظ من ألفاظ الكناية يقع به الطلاق من غير حاجة إلى القبول ،
 ومن غير لزوم مال عليها ، ويكون طلاقاً بائناً على حسب مذهب أبى حنيفة
 وطلاقاً رجعيّاً على حسب المعمول به ، ولا بد فيه من النية . لأنه ليس طلاقاً على
 مال ، إلا إذا كان مكملًا لثلاث ، أو كان قبل الدخول ، وإن كان بلفظ

خالعتك . أو اخلعى نفسك أو اختلعى . فإنه لا بد من قبولها . ولا يقع الطلاق من غير القبول . ويكون بدل الخلع هو الصحيح على رأى أبى حنيفة رضى الله عنه وهو الصحيح فى المذهب (١) .

٢٧٧- بدل الخلع : الخلع يكون عند الشقاق بين الزوجين ، وعدم إقامة حدود الله سبحانه وتعالى إذا تراضيا عليه (٢) ويكون للرجل كل ما تقدمه المرأة قليلاً كان أو كثيراً لتفتدى نفسها به ، ولكن يكره له أخذ أى شئ ، إن كانت النفرة من جانبها ، أو كان هو سبب النشوز . وإن كان النشوز من جانبها وهى عنه نافرة يكره له أخذ أكثر مما أعطى ، وذلك فى الديانة لافى القضاء .

وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قال عند استبدال زوجة بأخرى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثمًا مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فدللت هذه الآية على أن الرجل إذا أراد أن يتزوج أخرى ، ويترك من فى عصمته لا يأخذ منها شيئاً ، وقال تعالى : (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدللت هذه

(١) راجع فتح القدير الجزء الثالث ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) اختلف العلماء اختلافاً كبيراً فى جواز الخلع وطريقته . فالحنفية أجازوه بلا قيد ولا شرط . وجعلوه طلاقاً باتاً . وذلك هو رأى الجمهور . ومذهب الشافعى الجديد وقال أحد ابن حنبل وهو رأى الشافعى فى القديم إن الخلع فسخ لا ينقص عدد الطلقات والظاهرية قالوا إن الخلع لا يكون إلا إذا كان النشوز من جانبها . لأنه إذا كان من جانبها فلا يكون واقفاً تحت النهى فى قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضرراً لثمتن » ويحرم عليه أن يأخذ أكثر مما أعطى إذا كان النشوز من قبلها . ويحرم أخذ أى شئ إذا كان من قبله . وروى عن سعيد ابن المسيب أن الخلع طلاق رجعى . وعليه أن يرد البدل إن راجعها . وقال بعضهم : إن الخلع لا يتم إلا بإذن السلطان ، وهو رأى ابن سيرين . وسعيد بن جبير . والحسن البصرى . وكلهم من التابعين . وقال بعضهم إن الخلع ملسوخ .

ولعل أظهر الآراء هو رأى الظاهرية إذ يجعل الخلع فى حال ما إذا كرهت المرأة الرجل . كما أن الطلاق يكون إذا كره الرجل المرأة ، فهو شرع حقاً للمرأة فى مقابل حق الرجل فى الطلاق . ولو سوغ له أخذ بدل فى حال كرهه هو ومضاريتها لكان ذلك إكراهاً لها على إعطاء المال . فيكون أكلاً لمال الناس بالباطل والله سبحانه وتعالى أعلم .

الآية على جواز افتدائها نفسها بما لها مما قدم أو غيره والعمل بالآيتين الكرّيمتين يكون بجعل الآية الأولى في حال ما إذا كان هو نافرا غير راغب في الحياة الزوجية من تلقاء نفسه ، كما تدل عليه إرادة الاستبدال . والآية الثانية تكون في حالة النفرة والنشوز من جانبها ، فإنه يجوز لها أن تقدم ما تفتدى نفسها به ، وكل ما تقدمه افتداء .

وكان مقتضى السياق أنه لا يحل له شيء لا ديانة ولا قضاء إذا كان النشوز من جانبها ، ولكن للتراضى ، ولعدم معرفة الحقيقة ، ولأن القضاء لا ينفذ الأحكام إلا فيما ظهر ، ويترك لله ما بطن — قالوا إنه في القضاء ينفذ كل ما اتفق عليه ، ولو كان النشوز من قبله ، بل لو كان أكثر مما أعطى ، وحيثما ثبت البطلان فالطلاق بائن لما قدمنا عند الكلام في الطلاق الرجعى والبائن ، لأن افتداء النفس لا يتم إذا كان له عليها الرجعة .

ولقد قال الظاهرية أن الخلع لا يكون إلا حيث يكون النشوز من قبلها ، وبعض الحنابلة قال إنه إن كان النشوز من قبله وقع الطلاق ولا يثبت البطلان وهو رأى في مذهب مالك أيضاً ، ولكن الجمهور على ما قررناه أولاً .

٢٧٨ — وكل ما يصلح مهراً يصلح بدل خلع ولا عكس ، فليس كل ما يصلح بدل خلع يصلح مهراً ، فيصح أن يكون بدل الخلع مالا معيناً أو مثلياً موصوفاً ، عشرة دراهم ، أو أكثر أو أقل . ويصح أن يكون منفعة تقابل بالمال أولاً ، كسكنى دارها زمنياً معلوماً ، أو غلات دارها آمداً معلومة أو ترضع ولدها من غير أجر ، أو تحتضنه كذلك ، ومثل ذلك إذا خالعهما على أن تنفق على ولدها الصغير مدة معلومة ، وإذا امتنعت بعد تمام الخلع عما التزمت به بالنسبة لولدها أو عجرت عنه ، أو صارت غير صالحة له فإنه يتبعها في عوض ما التزمت ، فإن امتنعت عن الإنفاق أو عجزت قام بالإنفاق ، وكان ديناً عليها يتبعها إذا أسرت ، وإن امتنعت عن الإرضاع أو الحضانة أو صارت غير أهل لها دفع الأجر لغيرها ورجع عليها بالعوض أو كان ديناً عليها .

ويصح أن يكون بدل الخلع مجهولاً جهالة غير فاحشة ، فإذا كان المسمى بدل خلع مالا مثلياً لم يعرف وصفه وجب الوسط ، فلو جعلت

مقداراً من القطن بدل خلع بينت نوعه ، ولم تبين رتبته ، وجب الوسط ، ويصح أن تبرئه من نفقة العدة ولو أنها غير معلومة ، لأنها تسقط حقها في المطالبة بها ، وذلك أمر ثابت لها ، وإن كان المقدار نفسه غير معلوم .

ولا يصح بدل الخلع في حالين : (الحال الأول) إذا كان المسمى مالا غير متقوم ، كأن تسمى النصرانية لزوجها المسلم خمرآ أو خنزيراً فإن البدل لا يصح ، فإن خالعهما على ذلك وقع الطلاق ، ولم يثبت البدل ، إذ ليس للمسلم أن يطالب بتسليم الخمر أو الخنزير .

(الحال الثانية) إذا كان بدل الخلع يشمل اعتداء على حق الطفل ولذلك قالوا إنه إذا كان بدل الخلع أن يبقى الطفل تحت يدها إلى أن يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة لا يثبت إذا كان الطفل ذكراً لأن الذكر بعد بلوغ سن الحضانة يحتاج إلى من يعود عادات الرجال ، فيكون من حقه أن يتزع من أيدي النساء ، فاشتراط بقاءه تحت يدها يخل بمصلحته ، أما الفتاة فبذل ذلك الشرط لا يضرها ، لأنها تحتاج مع صيانتها إلى من يعلمها ما يخص بالنساء ، وأمها قادرة على ذلك في الغالب .

وفي كل موضع يبطل بدل الخلع يقع الطلاق ، ويكون بائناً على مذهب أبي حنيفة ، ويكون رجعيّاً على مقتضى المعمول به ، لأن كل طلاق رجعي إلا في مواضع الاستثناء ، وليس هذا منها .

٢٧٩ - حكم الخلع : يثبت بالخلع الأحكام الآتية :

(أ) وقوع الطلاق البائن إذا ثبت البدل ولم يكن ثمة سبب شرعي يوجب إلغاءه ، فإن كان ما يوجب إلغاءه وقع الطلاق ، إن توافرت أسباب وقوعه ، وكان رجعيّاً ، كما نوهنا سابقاً .

(ب) يثبت بدل الخلع إن لم يكن ما يوجب إلغاءه بأن كان مالا متقوماً أو منفعة مقدرة بمال ، أو غير مقدرة ، ولكنها مباحة شرعاً .

ويثبت بدل الخلع قضاء في مذهب أبي حنيفة قليلاً كان أو كثيراً ولكنه يكره أخذ شيء مطلقاً إن كان النشوز من جانبه وأكثر مما أعطى إن كان النشوز من جانبها وفي حالة الكراهة لا يطلب المال ، أي أنه يكون كسباً خبيثاً

يجب التبرع به أو رده وهذه رواية الأصل ، وفي رواية الجامع الصغير يطيب ، وإن كان مكروها ، لقوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيها افتدت به » والرواية الأولى أصح ، وهي المعقولة ، إذ كيف يكره ، ويكون طيباً ؟؟

(ح) وهذان الحكمان يعلمان الخلع بلفظ الخلع أو المبرأة والطلاق على مال ، ويختص الخلع بلفظ الخالعة أو المبرأة بحكم آخر ، وهو أنهما - عنه أبي حنيفة - يسقطان كل حق مالى قد ثبت بالنكاح ، فيسقط متجمد النفقة ، ويسقط مؤخر الصداق ، كما يسقط ما يكون قدمه من نفقة ، وطلقها قبل مضي مدتها .

وقال محمد : لا يسقط الخلع إلا ما نص عليه ، سواء أكان بلفظ الخالعة ، أم بلفظ المبرأة ، ووافق أبو يوسف محمداً في الخلع بلفظ الخالعة ، ووافق أبا حنيفة في الخلع بلفظ المبرأة .

وحجة أبي حنيفة أن اللفظين يدلان على الانفصال التام ، والانخلاع من كل حقوق مالية كانت ثابتة بذلك الزواج من قبل ، والإبراء من كل ما كان لكل واحد عند صاحبه ، ولا فرق في ذلك بين الخالعة والمبرأة ، لأن الثانية تدل على الإبراء ، والأولى تدل على الانخلاع من كل الحقوق والواجبات التي أثبتها الزواج أو ثبتت بسببه .

وحجة محمد أنه لا يسقط حق ثابت ، إلا بما يدل على الإسقاط قطعاً ، والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحاً في إسقاط حق ثابت ، إلا إذا وجد نص يدل على الإسقاط قطعاً ، ولا يصح أن تحمل عاقداً ما لا يريد ، وما لم تقم دلالة لفظية على إرادته ، بل ربما لو ذكر له المانع فيه وناقضه .

وحجة أبي يوسف أن لفظ المبرأة صريح في تبادل الإبراء من الجانبين فهي قد أبرأته مما لها من حق . وهو قد أبرأها كذلك مما لها من حق ثابت ، وأما لفظ الخالعة فليس صريحاً في ذلك الإسقاط ، فلا يصح أن تفرض على العاقد أمراً لم يقم دليل صريح على إرادته .

٢٨٠ - هذه آراء الأئمة في المذهب الحنفي بالنسبة لما يسقطه الخلع ، سواء أكان بلفظ الخالعة أم كان بلفظ المبرأة . وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فجعل دين النفقة ديناً قوياً لا يقبل السقوط إلا بالأداء أو الإبراء

- ٣٣٦ -

وقد فهم بعض الباحثين في وزارة العدل إبان ذلك أن الخلع بلفظ المخالعة أو المبرأة لا يسقط متجمد النفقة بعد أن صارت ديناً قوياً ، ولذلك أصدرت الوزارة في ذلك الوقت تعليمات جاء فيها ، أن دين النفقة بعد القانون المذكور لا يسقط بالطلاق ، ولو خلعاً .

وهذا الكلام مستقيم بالنسبة للطلاق على ماك بلفظ الطلاق ، أما إذا كان بلفظ المخالعة أو المبرأة فلا يستقيم ، لأن سقوط متجمد النفقة عند أبي حنيفة ليس السبب فيه ضعف الدين ، وليس السبب في منع محمد لذلك أنه يرى أن الدين قوى ، بل الأساس عند أبي حنيفة وأبي يوسف في الحدود التي بينها - هو أن اللفظ يتضمن الإبراء ، ولذلك يسقط مؤخر الصداق مع أنه من المتفق عليه أنه دين قوى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولهذا نرى أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لا يمنع سقوط متجمد النفقة إن أردنا تطبيق رأى أبي حنيفة في هذا .

٢٨١ - خلع المحجور عليهن : إن كانت المحجور عليها فاقدة الأهلية بأن كانت مجنونة . أو ثبت أنها كانت مجنونة وقت المخالعة وتولت هي الصيغة ، فلا يقع الطلاق ولا يثبت المال ، وذلك لأن عبارة فاقد الأهلية ملغاة لا توجب شيئاً ، وتعد من لغو القول ، وتعليق الطلاق على قبولها المال ، ثم قبولها إياه لا يعد به المعلق عليه قد وجد لأنها لا تستطيع إنشاء قبول إذ ليست لها إرادة معتبرة .

وإذا كانت المحجور عليها قاصرة الأهلية ، أو كانت سفية ، وتولت هي الصيغة بأن أوجب الخلع ، فقال أنت طالق على مائة تفتدين نفسك بها . فقبلت فإن الطلاق يقع ولكن المال لا يلزم ، لأنه علق الطلاق على قبول المال ، وقد وجد القبول بصيغة معتبرة شرعاً ، لأن قاصر الأهلية وهو الصبي المميز ومثله السفية عبارتهما معتبرة شرعاً ، فهي موجودة ولكن لا يرتب عليها الشارع لزوم المال ، لأن العوض في الخلع تبرع فيعد من الناحية المالية ضرراً محضاً ، فوقع الطلاق ولم يلزم المال .

وإذا كان الذي تولى الخلع عن المحجور عليها ولها ، فإن التزم أداء البدل من ماله ، فإن الطلاق يقع والمال يلزم الولي ، أما لزوم المال فلأنه

الزومه ، وكان مكلفا ملزما بالوفاء بما التزمه ، وأما وقوع الطلاق ، فلائه علقه على قبول المال ، وقد وقع المعلق عليه فيقع ، وأما إذا خلع من مالها أو مهرها فإن المال لا يلزمها ، لأنه ليس لأحد أن يتبرع من مالها ، وبدل الخلع في معنى التبرع ، ولا يلزمه لأنه لم يضمنه ، وأما الطلاق ففي المذهب الحنفي روايتان (إحداهما) أنه يقع الطلاق ، لأنه علق الطلاق على قبوله لا على وجوب البذل ، وقد وقع المعلق عليه ، فيقع الطلاق (والثانية) أن الطلاق لا يقع لأنه علق الطلاق على قبول المال ممن هو أهل لالتزامه . فلما لم يلزم المال لا يقع ، والرواية الأولى أصح من الثانية (١) .

وتثار هنا مسألة وهي خلع المرأة التي تكون قد بلغت السابعة عشرة أو الثامنة عشرة مثلاً ، ولم تبلغ الحادية والعشرين أيعتبر خلعها خلع بالغة عاقلة رشيدة ، لأنها بلغت الثامنة عشرة ، وقد تجاوزت بها سن البلوغ الشرعي أم يعتبر خلعها خلع سفينة محجور عليها ، لأن القانون لا يعتبرها رشيدة إلا إذا بلغت الحادية والعشرين ، وكانت رشيدة قادرة على إدارة أموالها .

وترى أنها تعامل في خلعها معاملة السفينة . وذلك لما يأتي :

أولاً - أنها محجور عليها بالفعل ، فتصرفاتها المالية لا تسرى إلا بإذن وليها أو المحكمة المختصة ، وإذا كان ذلك بالنسبة للمعاملات المالية ، فكيف يكون الشأن في بدل الخلع الذي يكون تبرعاً في مؤداه ، لأنه لا يقابل بمال .
ثانياً - أنها لا تعد رشيدة بحكم القانون ، ذلك لأن القانون لم يعط الرشيد إلا لمن يبلغ الحادية والعشرين ، فقبل بلوغ هذه السن لا يمكن أن تكون رشيدة بحكم القانون ومن يلزمها ببذل الخلع إنما ينهض القانون العام ، ولا يقال إنه يطبق في هذه الحال السن الشرعي باعتبار أن الطلاق أمر يجري عليه الأحكام الشرعية ، لأن المسألة في لزوم البذل أو عدم لزومه ، وذلك يرجع

(١) جاء في فتح القدير أن وجوب الطلاق هو رواية هشام عن محمد ، وروى عن محمد أيضاً أنه لا يقع الطلاق ولو بلغت فأجازت جاز .

إلى قدرتها على التصرف المالى ، وخصوصاً التبرع ، والتبرع هنا لا يدخل فى عموم التصرفات التى أجازها القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

ثالثاً - أن الشرع قرر أنه لا يدفع المالى إلا إذا آنس الرشد ، فقد قال تعالى : « فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » وقد اعتبر القانون فترة إيناس الرشد هى تلك الفترة التى تكون بين البلوغ الشرعى وهو سبع عشرة للفتاة وثماني عشرة للغلام عند أبى حنيفة .

وعلى ذلك إذا خالعت من تكون فى هذه الفترة يقع الطلاق ، ولا يجب المالى ، ويكون الطلاق حينئذ رجعياً إذا مات وهى فى العدة ترثه بحقها الشرعى ككل طلاق رجعى ، والله هو الموفق .

والخلع كالطلاق لا يكون إلا من الزوج ، وقد يكون من القاضى على ما سنبين فى مذهب مالك إن شاء الله تعالى .

٢٨٢ - خلع المريضة مرض الموت : المريضة مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية لأن المرض لا يوجب الحجر ، إلا إذا كان سبباً فى ضعف العقل ، فيحجر على المريض لذلك ، لا لذات المرض ، بيد أن تبرعات المريض مرض الموت تكون فى حكم الوصية ، لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من وقت حلول المرض الذى كان سبب الوفاة ، إذ الأمور تسند لأسبابها ، والمرض هو سبب الموت الذى أوجب انتقال المالى إلى غيره .

ولما كان بدل الخلع فى معنى التبرع أخذ حكم الوصية ، وربما كان المقصود منه محاباة زوجها بأكثر من حقه فى ميراثها ، ومحاباة الوارث فى مرض الموت بأى مقدار لا تجوز عند الحنفية ، لأن الوصية لو ارث لا تنفذ عند الحنفية ، كما هو مذهب فقهاء المسلمين جميعاً ، ما عدا بعض الشيعة الإمامية .

ولذلك قرر فقهاء المذهب الحنفى أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق ، لأنه علق الطلاق على قبول المالى ، وقد وجد القبول صحيحاً ، وأما ما يستحقه الخالع فهو بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث التركة ، ولا عن نصيبه فى الميراث إن ماتت وهى فى العدة ، لأن موتها فى

العدة يجعل سبب الميراث قائماً من وجه ، ونخشى أن يكون القصد من المخالفة إعطائه أكثر من ميراثه ، فلا يزيد بدل الخلع عليه ، ثم بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو وصية ، والوصية يجب أن تنفذ بالثلث لا تتجاوزها ، فلا بد ألا يزيد عليه ، إذ الوصية بأكثر من الثلث لا تنفذ في الزائد من غير إجازة الورثة ، ولذلك يجب له الأقل من هذه المقادير بدل الخلع وثلث التركة ونصيبه في الميراث ، فإن كان نصيبه في الميراث ثلاثمائة وبدل الخلع خمسمائة ، وثلث التركة أربعمائة استحق فقط ثلاثمائة جنيه ، ولو كان بدل الخلع هو الأقل استحقه ، وإن كان ثلث التركة هو الأقل استحقه فقط ، وهكذا

وإن كانت وفاتها بعد انتهاء العدة فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجه ، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، لأن بدل الخلع تبرع وهو في مرض الموت وصية ، ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث ، إلا بإجازة الورثة .

هذا هو خلع المريضة مرض الموت في المذهب الحنفى ، وقد فرق بين موتها في العدة ، وموتها بعد انتهاء العدة ، وأساس التفرقة أن سبب الإرث قائم من وجه ما بقيت العدة ، وأن محاباة الوارث بالوصية ، أو بتصرف يأخذ حكمها — لا يجوز إلا بإجازة الورثة . ولكن قانون الوصية المعمول به الآن أجاز محاباة الوارث بالوصية ، أو بتصرف يأخذ حكمها بما لا يزيد على الثلث من غير حاجة إلى إجازة الورثة . وعلى ذلك لا يكون ثمة حاجة إلى فرض محاباة زوجها بأكثر من نصيبه ومنعها من ذلك ، ولا إلى التفريق بين حال انتهاء العدة وحال بقائها ، وعلى هذا لا يكون الزوج مستحقاً للأقل من بدل الخلع ، وثلث التركة . إذ النظر إلى الميراث كان للاحتياط . لكيلا يأخذ أكثر من نصيبه ، ولا حاجة الآن لهذا الاحتياط .

٢٨٣- وقبل أن نترك الخلع نشير إلى المعنى الفقهي فيه ، وذلك أن الطلاق جعل بيد الرجل ، يوقعه إذا أحس بنفرته من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها ، وقد تكون المرأة تحس بهذا الإحساس ، والرجل مستمسك بها أشد ما يكون الاستمسك ، فشرع الله لها الخلع لتفتدى نفسها ، بأ

تعطى زوجها ما قدم في سبيل ذلك الزواج من مال ، ولذلك قال ابن رشد في بداية المجتهد .

« والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (١) المرأة ، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل » .

وإذا كان الخلع كذلك فقد قال مالك رضى الله عنه إن الخلع كما يكون بالتراضي بين الزوجين يكون بحكم الحكيم إذا فسدت العلاقة بين الزوجين وكانت النفرة بينهما مما يوجب أن يحكم القاضي بسببه حكيم ، فإن لهما أن يفرقا بين الزوجين خالعا ، ويوافق القاضي على ذلك ، ولو كان الخلع بغير رضا الزوجة ، إن كان النشوز من جانبها ، وهذا نص ما جاء في المدونة منسوباً لمالك رضى الله عنه .

« قال مالك : في الأمر الذي يكون فيه الحكمان ، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة ، حتى لا تثبت بينهما بيعة ، ولا استطاع أن يتخلص إلى أمرها فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ، ورجلا من أهله عدلين ، فنظرا في أمرهما واجتهدا فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، وإلا فرقا بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام ، وإن رأيا أن يأخذا من مالها ، حتى يكون خالعا فعلا » (٢) .

وجاء في شرح الزرقاني ما نصه : « فإن تعذر الإصلاح ، فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع ، إن لم ترض بالمقام معه ، وبالعكس إن كانت هي المسيئة فقط ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما في قدر الخالعه به ، ولو زاد على الصداق » ومن هذا يتبين أن الخلع يصح باقتراح الحكيم إن لم يمكن الإصلاح ، وكان النشوز من جانبها لنفرة من العشرة الزوجية . ويصدق على قرارهما .

بهذا يتبين أن المذهب المالكي يتسع للخلع إن فركت المرأة زوجها ،

(١) يقال فركت المرأة زوجها أبغضته من باب فرح .

(٢) المدونة ج ٥ ص ٥ .

ولكن بعد تحكيم الحكيم ، ومحاولة الإصلاح والعجز عنه ، ويقر القاضي ما یرثیان ولو كان خلعا .

الظهار

٢٨٤- قد تبين مما تقدم ما يقوم به الزوج من التفريق بينه وبين زوجته بصيغة تدل على الفراق ، سواء أكانت الصيغة صريحة أم كانت بالكناية ، وسواء أكانت منجزة ، أم كانت غير منجزة وسواء أكانت بعبارة أم كانت بعبارة عند التفويض إليها ، وسواء أكانت على مال أم غير مال ، ففي كل هذه الأحوال كان يقصد الفرقة بعبارة تدل عليها .

ولكن قد تصدر عنه عبارة تدل على تحريم الحياة الزوجية ، ولا تدل على إرادة التفريق بل تدل على بقاء العلاقة ، وتحولها من علاقة زوجية ، إلى علاقة محرمة بأن يشبهها بإحدى محارمه ، فيقول أنت على كظهر أمي أو نحو ذلك ، وهذا كان يقع بين المسلمين في العصر الأول ، ويسمى الظهار ، فالظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجه التأييد بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع .

والظهار لا يكون إلا من زوج بالغ عاقل مسلم لزوجة قد انعقد زواجها انعقاداً صحيحاً نافذاً ، فلو كان العقد موقوفاً على إجازة أحد لا يكون ظهاراً ، لأنها حرام عليه فعلاً ، فيكون كلامه إخباراً عن الواقع الثابت .

ومن صدر عنه الظهار على هذا الوجه ، فإنه لا يحل له أن يأتى زوجته ، إلا بعد أن يقوم بكفارة الظهار ، وهى عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، ولا يشترط فى الرقبة أن تكون مؤمنة عند الحنفية ، بل تجزئ المؤمنة وغير المؤمنة ، ويشترط فى الصيام التتابع ، فإن أفطر ولو لعذر استأنف العدد من جديد بعد ذلك ، لاشتراط الآية الكريمة ذلك بالنص ، وإطعام الستين مسكيناً يكون بغذاء وعشاء كاملين مشبعين أو قيمة ذلك ، فإن قام بالكفارة حلت له زوجته .

والأصل فى ذلك قوله تعالى : « قد سمع الله قول الذى تجادلك فى زوجها ،

وتشتكى إلى الله ، والله يسمع تخاوركما ، إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ، وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ، ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله ، وللكافرين عذاب أليم .

والحكمة في تلك الكفارة هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فإن الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها ، وقد نزلت الآية الكريمة في امرأة ذهبت إلى النبي ﷺ تخبره أن زوجها ظاهر منها وتشكو إليه فاقبها ، وأن حبسيتها صغار إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إليها جاعوا . فجاء الحكم لمنع ذلك التلاعب ، وهذا الظلم .

الطلاق بحكم الشرع أو القانون

٢٨٥ — هناك تفريق بين الزوجين بحكم الشرع بسبب من قبل الزوج يكون من غير طلب المرأة ، بل يكون ولو لم تطلبه ، وقد أوجد القانون طلاقاً بحكم القاضي بعد طلب المرأة ، واستمد ذلك من فقه المذاهب الأربعة ، وذلك هو التفريق لعدم الاتفاق ، والتفريق للعيوب ، والتفريق للضرر بالغياب والسجن .

ولنتكلم عن القسمين ، وسنقتصر في كلامنا في الأول على الإيلاء واللعان لأن سائر التفريقات بحكم الشرع تكلمنا عنها بالإجمال في صدر كلامنا في إنهاء عقد الزواج ، ولا مزيد هنا نزيده عما قلنا ، أما الإيلاء واللعان ، فلأنهما يحتاجان إلى بعض البيان .

الايلاء

٢٨٦ — عرفه كمال الدين بن الهمام في فتح القدير بأنه الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله ، أو بتعليق القربان على ما يشق ، فالحلف

بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر مثلاً إيلاء ، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه ، فهو إيلاء فلو قال لله على نذر صوم ثلاثة أشهر إن قاربت امرأتى أو لله على نذر أن أتصدق بمائة جنيه إن قاربت أهلى كان ذلك إيلاء ، ولا يعد الحلف على أقل من أربعة أشهر إيلاء .

والأصل في ثبوت الإيلاء قوله تعالى : (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) ، فهذه الآية الكريمة صريحة في أن الفرقة تكون بين الزوجين إذا لم يبق إيلاء في مدة أربعة أشهر ، وإن شرعية التفريق بين المرأة وزوجها بذلك إنما هو لمنع ظلم المرأة ، وإبقائها كالمعلقة لا هى زوجة لها حقوق الزوجية ، ولا هى مطلقة يغنيها الله سبحانه وتعالى من سعته ، وقد كان العرب في الجاهلية يكدون للنساء بذلك الحلف والإصرار عليه ، فوضع الإسلام ذلك الحد الذى يمنع الإضرار بالمرأة وظلمها .

وقد اختلف الفقهاء في طريق التفريق بين الزوجين بالإيلاء وفي وصفه ، فأبو حنيفة وأصحابه قرروا أن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها ، لأن الآية الكريمة تدعو إلى التمسك في المدة ، فإن لم يبق إلى زوجته في المدة فقد عزم الطلاق ، فيعتبر مطلقاً طلاقاً بائناً بمجرد انتهائها من غير فء .

وقال مالك والشافعى وأحمد : لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة ، بل يتوقف فيما طلق ، وإما رفعت الأمر إلى القضاء فحكم بالطلاق ، والطلاق الذى يقع يكون رجعيّاً عند هؤلاء الأئمة ، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن ، بيد أن مالكاً رضى الله عنه لا يعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دخول فعلاً ، لأن التفريق كان لسبب وهو الامتناع ، فإذا أراد أن يزيل التفريق فلا بد أن يزيل سببه ، وهو الامتناع الظالم لها الذى بعث إليه الكيد والأذى .

٢٨٧ - وإذا حلف الرجل على زوجته ألا يقربها أبداً ، فإذا مضت مدة أربعة أشهر عند الحنفية وقع عليها طلاق بائن ، فإن تزوجها ثانية ، ولم يدخل بها تلك المدة وقعت الطلقة الثانية . فإن تزوجها ولم يدخل وقعت الثالثة ولم تحل له إلا بعد زوج آخر ودخوله بها ، فإن تزوجها من بعد ، ولم

يدخل بها لا يقع شيء ، لأن الحل الذي كانت فيه اليمين قد انتهى ، ولكنه إن قاربها حنث في يمينه ووجب كفارة اليمين ، وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئاً من هذا فصيام ثلاثة أيام .

والنوى إلى الزوجة يكون بقربانها ، وإن كان النوى وجبت كفارة اليمين التي ذكرناها ، أو وجب المعلق عليه إن لم يكن الإيلاء بيمين ولا يقع طلاق . ومدة النوى هي أربعة أشهر ، وإذا كان في مدة الإيلاء عاجزاً عن قربانها ، فإن فيه يكون بالقول ، بشرط استمرار العجز إلى نهاية المدة ، فإن زال العجز بعد النوى بالقول ثعين النوى بالقربان ، وإذا أفاء بالقول لا يعد حائناً في يمينه فلا تجب كفارة ، ولا يجب الأمر المعلق عليه ، لأن الحلف على القربان ولم يقع ، وإنما اعتبر النوى بالقول لأن وقوع الطلاق منع ظلمها ، وعند العجز يكفي رفع الظلم بالقول لأنه لا يستطيع سواه .

٢٨٨ — والطلاق الذي يقع بالإيلاء بائن عند الحنفية كما ذكرنا ، فهل هو كذلك في العمل بعد قانون سنة ١٩٢٩ الذي نص على أن كل طلاق رجعي إلا ما كان قبل الدخول ، وما كان على مال والمكمل للثلاث ، وما نص في القانون على أنه بائن ؟ لقد استظهرنا أن الإيلاء يكون طلاقاً رجعياً بحكم القانون ، لأنه ليس من المستثنيات في هذا القانون ، إذ ليس واحداً من هذه الأمور الأربعة ، ولأن القانون في هذا الجزء مأخوذ من مذهب الشافعي ، وهو يعتبره طلاقاً رجعياً ، ولأن المذكرة الإيضاحية عندما ذكرت أن فراق اللعان وإباء أحد الزوجين الإسلام باق على حكمه في مذهب الحنفية ، لم تذكر الإيلاء معها .

وعلى ذلك إذا آلى من زوجته فوقع الطلاق ثم راجعها في العدة ، ولم يأتها مدة أربعة أشهر ، وقع الطلاق ثانية ، وهكذا .

اللعان

٢٨٩ — عاقب الله سبحانه وتعالى من يرمى المحصنات وهن الحرائر العفيفات بثمانين جلدة ، فقد قال تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم

الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ، فإن الله غفور رحيم »
وإن هذا النص عام يشمل رى الزوج لزوجته ، ورى الرجل لغير زوجته .

ولذلك جاء أنصاري إلى النبي ﷺ قال يا رسول الله : « أرايتم الرجل
يجد مع امرأته رجلا ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت
سكت على غيظ . . . اللهم افتح » ، فنزل قوله تعالى :

« والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة
أحدهم أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن
كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن
الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

وهذا هو اللعان ، فحقيقته أن يحلف الرجل إذا رى امرأته بالزنى أربع
مرات إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ،
وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين ، والخامسة أن
عليها غضب الله إن كان من الصادقين .

ويكون اللعان إذا رى الرجل امرأته بالزنى ، ولم يكن له أربعة شهاد
يشهدون عليها بما رماها به ، وكانت هي حرة عفيفة بالغة ، وهو حر بالغ
عقل ولم يكن واحد منهما محدوداً في قذف .

ويبدأ بتحليف الزوج ، فإن لم يحلف حبس ، حتى يحلف أو يكذب
نفسه فإن كذب نفسه وجب حد القذف عليه ، وإن حلف وجب عليها أن
تحلف ، فإن امتنعت حبست حتى تحلف أو تصدقه ، وإن صدقته أقيم عليها
حد الزنى إن استوفى شروطه .

والتلاعن كما يكون بالرى بالزنى المجرد يكون برميها بالزنى ، ونفى
الولد ويكون الحلف في هذه الحال على أنه صادق فيما رماها به من نفي الولد ،
وحلفها على أنه كاذب فيما رماها به من نفي الولد .

٢٩٠ — وإذا تم اللعان ، تمت الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضى ،
أى أنه لا يتم وقوعها إلا بعد حكم القاضى بالتفريق ، وقبل ذلك لا يوجد

التفريق (١) .

وإذا وقعت الفرقة لا تحل له حتى يكذب نفسه ، أو تصدقه هي ، فإن كان ذلك حلت له ، واعتبرت الفرقة طلاقاً بائناً ، قد احتسب من عدد الطلاقات التي يملكها الرجل ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا يتصور أن تكون من جانب المرأة . وكل فرقة كانت كذلك هي من الطلاق لا من الفسخ .

وقال أبو يوسف ، وزفر ، والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق ، وهي توجب التحريم على التأييد ، ولو كذب نفسه ، أو صدقته ، لأن رسول الله ﷺ قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » والتأييد المنصوص عليه في الحديث يقتضي التحريم المؤبد ، ولأن اللعان قد وجد ، وهو سبب التفريق ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها إياه من بعد لا ينفي وجود السبب فهو باق فيبقى حكمه ، ولأن الثقة بين الزوجين قد فقدت .

وإذا كان موضوع اللعان نفي نسب الولد ، انتفى نسبه ، ولا يعتبر ابنه بالنسبة للأحكام التي تلزمه فلا يرث منه ، ولا يجب نفقته عليه ، ولكن بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة يعامل كأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ، (١) ولو قتله لا قصاص عليه للشبهة ، كما لو قتل الأب ولده . (٢) والمحرمية بينه وبين أولاده تثبت للاحتياط لأحكام الشرع (٣) ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر (٤) ولا يعد مجهول النسب ، فلا يصح أن يدعيه غيره .

وإذا كذب نفسه يثبت الولد ، ويزول كل أثر اللعان بالنسبة للولد بالاتفاق (٥) .

(١) وهذا عند أبي حنيفة والصاحبين وعند زفر الفرقة تكون بمجرد تمام اللعان من غير حاجة إلى حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد . وقال الشافعي إن الفرقة تكون بمجرد حلفه هو لأن مجرد الرمي من غير بينة . وتوثيقه بالخلف هو سبب الفرقة ، إذ الثقة من جانبه قد فقدت ، فحق الفراق .

(٢) وإنما قال أبو يوسف إن النسب يثبت في هذه الحال ، مع أنه قرر أن التحريم لا يزول ، لأن الحديث إنما ورد في التفريق ، وللمحافظة على حق الولد ، ولأن اللعان لا يقتضي في النسب دائماً ، فلا مانع من تحققه مع ثبوت النسب .

الطلاق بحكم القاضي

٢٩١- لم يكن في مذهب أبي حنيفة طلاق يملكه القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج ، وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية ، وهي الجلب والخصاء والعنة ، وزاد محمد : الجنون والجدام والبرص .

أما غير أبي حنيفة من الأئمة فقد وسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي ، ولعل أكثر الأئمة أصحاب المذاهب توسعة في ذلك مالم لا وأحمد ، وقد اقتبس ولي الأمر في مصر من المذاهب الأربعة ما وسع به باب التفريق الذي يملكه القاضي بطلب المرأة ، فكان التفريق لعدم الإنفاق ، والتفريق للعيوب المستحكمة من غير تقييد بعدد معين أو نوع معين ، والتفريق للضرر ، للغياب وللسجن ، ولكل واحد فصل قائم بذاته .

التفريق لعدم الإنفاق

٢٩٢- هذا النوع من التفريق مما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وخلاصة ما جاء به خاصاً بذلك أن الزوج إن كان له مال ظاهر نفذ حكم النفقة فيه ، سواء أكان غائباً أم كان حاضراً ، ما دام ممتنعاً عن الإنفاق ولم يترك لها مالا تنفق منه ، وغاب عنها ، لأن منع الظلم قد تعين سبيله ، وهو تنفيذ حكم النفقة في ماله الظاهر ، وبيعه في سبيل تنفيذ الحكم .

وإن لم يكن له مال ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق وهو حاضر وطلبت المرأة التفريق ، ولم يقل إنه معسر ، وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال ، من غير تأجيل ، وإن زكى امتناعه عن الإنفاق ، بادعائه العجز ، وأثبت إعساره ، أو أقرت هي بأنه معسر لا يستطيع الإنفاق أجله وإن لم يثبت إعساره بإثباته أو إقرارها طلق عليه القاضي في الحال .

وإذا كان غائباً ولم يترك مالا لزوجته تنفق منه ، وليس له مال ظاهر ينفذ فيه حكم النفقة ، وكانت غيبته قريبة أعذر إليه القاضي ليرسل إلى زوجته ما تنفق منه أو يحضر لينفق عليها ، ويضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل مالا ولم يحضر ومضى الأجل طلق القاضي .

وإن كان بعيد المكان أو لا يسهل وصول الرسائل إليه أو كان مجهول المحل أو لا يعلم مكانه طلق القاضى فى الحال .

والطلاق بسبب عدم الإنفاق فى كل الأحوال طلاق رجعى (١) ، ولكن الرجعة لا تثبت بمجرد قوله راجعت امرأتى ، بل لابد أن يزول السبب الذى كان من أجله التفريق ، فإن كان معسراً ، فلا بد من ثبوت يساره وإن كان ممتنعاً فلا بد من ثبوت استعداده لأداء النفقة الواجبة عليه ، ولذلك جاء فى التعليقات التى اقترنت بهذا القانون ما نصه :

« إن جواز الرجعة مشروط بشرطين (١) ثبوت يساره بحيث تظن قدرته على إدامة الإنفاق (٢) استعداده للإنفاق . فإذا لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة .

٢٩٣ - هذه خلاصة موجزة لما جاء فى القانون خاصاً بالتفريق لعدم الإنفاق ، ولنتجه إلى بيان فقه الموضوع : إن المذهب الحنفى لا يميز التفريق لعدم الإنفاق سواء كان السبب مجرد الامتناع ، أم كان السبب الإعسار والمعجز ، ومذاهب الأئمة الثلاثة تميز للمرأة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق ، ويحكم لها القاضى بالتفريق ، إن ثبت لديه عدم الإنفاق على اختلاف فيما بينهم فى التفصيل .

(١) ارجع فى هذا إلى المواد : ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهذا نصها : مادة - ٤ - إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإذا كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى كذلك .

مادة - ٥ - إذا كان الزوج غائباً غيبة قريية فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل ، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال .

وتسرى احكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة - ٦ - تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً ، وللزوج أن يراجع زوجته ، إذا أثبت يساره ، واستعد للاتفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للاتفاق لم تصح الرجعة ..

وقد استدلت الأئمة الثلاثة لمذهبهم بما يأتي :

(أ) بقوله تعالى (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا) وقوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وإن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار ، وإمساك بغير المعروف ، وكان حقاً عليه أن يطلق زوجته ، ولما لم يقم بذلك ، وقد تعين عليه ، قام القاضي مقامه فيه .

(ب) وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » وإن الإمساك مع عدم الإنفاق مضارة ، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها .

(ج) أنه من المقرر أن يفرق القاضي بين الرجل وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التي تتصل بالقربان والمباشرة ، وهي الحب والخصاء والعنة ، للظلم في بقاءها مع هذه الحال ، ولاشك أن ظلم عدم الإنفاق أشد ، فالتفريق فيه ألزم ، إن طلبته .

هذه أدلة الذين يجيزون للقاضي التفريق إذا طلبته المرأة بسبب عدم الإنفاق ، أما أدلة الحنفية في منعهم ذلك فهي :

(أ) قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسراً » وإذا كان المعسر غير قادر على الإنفاق ، فهو غير مكلف تقديم النفقة في الحال ، وقد سئل الزهري عن رجل عاجز عن نفقة امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : تستأني به ، ولا يفرق بينهما ، وتلا قوله تعالى . « لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسراً » .

فدل هذا الترخيع للآية الكريمة مع صراحة دلالتها - على أنه بعد من التكليف غير المعقول أن يفرق بين المعسر وزوجه لإعساره .

(ب) أن نساء النبي عليه السلام سأله ما ليس عنده فاعتزلن شهراً ، فدل ذلك الاعتزال على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده ، وأنها تكون ظالمة إن طالبت بذلك ، وتستحق العقاب على المطالبة ، وإلا

ما اعتزل من النبي ﷺ بسببها ، وإذا كانت المطالبة ظلماً تستحق عليه العقاب ، فأولى أن يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسراً ظلماً لا بحجاب .

(ج) أنه كان في الصحابة الموسر والمعسر ، ومعسروهم كانوا في عهد النبي ﷺ أضعاف موسريهم ، وما علمنا أن النبي ﷺ قضى بالتفريق بين رجل وامرأته للإعسار أو لعدم الإنفاق .

ولقد واجه بعض الفقهاء مالكا بهذه الحقيقة إذ قال له : « قد كان الصحابة رضوان الله عليهم يعسرون ويحتاجون » فقال مالك . « ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء (١) » وإذا كان الصحابة لم يكن بينهم تفريق للإعسار مع توافر أسبابه ، فهذا دليل على أنه ليس من سنة الإسلام ، ولا يغيره قول مالك رضي الله عنه أن الزمن قد تغير ، فليس كل تغير موجباً لتغيير الأحكام .

(د) أن الامتناع عن الإنفاق لمن كان عن قدرة فهو ظلم ، ولا يتعين التفريق رفعا لهذا الظلم ، حتى يلجأ إليه ، بل ثم طرق أخرى ، ومنها بيع ماله للإنفاق منه ، ومنها حبسه لحمله على الإنفاق ، كما قرر الحنفية ، ومنها التعزير ، وإذا كان كذلك لا يلجأ الزوج إلى التفريق ، لأنه أبغض الحلال ممن ملكه الله سبحانه وتعالى ذلك الحق ، فكيف يلجأ إليه القاضي من غير أن يتعين طريقاً لذلك .

وإن كان معسراً فلا ظلم منه ، حتى يكون ثمة مسوغ للتفريق .
وقد رد الحنفية ما استدل به غيرهم بأن الآية والأحاديث إنما تنطبق على الممتنع إذا لم يكن ثمة طريق لمنع ظلم امتناعه إلا التفريق ، وإنه توجد

(١) قال ابن حزم في الرد على مالك في ذلك القول : « جمع هذا القول وجوهاً من الخطأ ، منها مخالفته أمر الصحابة وما مضوا عليه بإقراره ، والاعتراف بأن الناس ليسوا كذلك اليوم ، فكيف يجوز له أن يميز حكماً يقر بأن الناس فيه على خلاف ما مضى عليه الصحابة ، ثم من له بذلك ؟ ومن أين عرف تبدل الناس في هذه القضية ، وما يعلم أحد أن الناس على اختلاف ما كانوا عليه في عصر الصحابة ، لأن كل من تزوج من الصحابة فإنما تزوجته المرأة للعشرة والنفقة بلا شك ، فإلا كذلك » .

طرق أخرى لمنع الظلم ، ومنها الحبس والتعزير ، فلا يلجأ القاضي إلى أبغض الحلال إلى الله وعنده مندوحة بسواه .

وأما المعسر فلا ظلم منه ، إنما يرى الحنفية أن الظلم هو التطبيق عليه ، ولا يصح أن يقاس الإعسار الطارىء القابل للزوال على العيب التناسلي الملازم . وأن من الإنصاف أن نقول في هذا المقام إنه لم يرد نص صريح يميز التفريق لعدم الإنفاق من الكتاب أو الحديث أو أقوال الصحابة ، بل كل ما ورد في ذلك من الكتاب والسنة مما يختلف فيه التخریجات ، ولذا أميل إلى رأى الحنفية في هذا المقام وأرى أن الدليل معهم إذ لم يرد أن ذلك النوع من التفريق وقع في عهد الصحابة .

٢٩٤ - اتفق الأئمة الثلاثة على جواز التفريق لعدم الإنفاق ، واتفقوا على أن الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى أحوالها وعلى أن العجز عن النفقة الماضية لا يوجب التفريق إنما الذى يوجب التفريق وهو العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلة (١) ، لأن الماضية دين ككل الديون ، من يعجز عنه ينتظر إلى ميسرة ، ولأن التفريق للإعسار سببه دفع الضرر عنها في بدنها ، بعدم الإنفاق عليها في الحال والاستقبال ، ولا يتحقق ذلك في متجمد النفقة ، فالتفريق للإعسار للتخلص من المسغبة والعري في المستقبل .

٢٩٥ - ومع اتفاقهم على ذلك كله قد اختلفوا في تفصيلات ، فقد اختلفوا في المواضع الآتية :

(أ) بالنسبة للإعسار ، فقد قرر مالك أنه لا يثبت إلا بالبينة أو إقرارها هي به . أما الشافعي فقد قرر أنه يثبت بالبينة أو إقراره هو ، فإذا ادعاه كان ذلك كافياً للتفريق ، ولا يؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام ولا يؤجل قط عند أحمد ، ويؤجل عند مالك مدة يراها القاضي كافية للباس من قدرته في المستقبل على الإنفاق ، وبعض المالكية قدرها بشهر .

(١) راجع في هذا الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٦٨ ، (حنبلي) وشرح الحرثي (مالكي) ج ٣ ص ٢٥٨ وتحفة المحتاج (شافعي) ج ٣٢ .

والرضا بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك ، لأن طلب التفريق من بعد ذلك نقص لما تم من جهتها ، ولذا لو تزوجته وهو معسر عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق من بعد لذلك السبب ، لأن ذلك يكون نقضاً لما تم من جهتها (١) .

أما الشافعي وأحمد فقد قررا أن رضاها بالإعسار وقتاً لا يستلزم رضاها في كل الأوقات ، لأن الحاجة إلى الإنفاق تتجدد آناً بعد آناً ، فيتجدد لها حق طلب التفريق ، فما أسقطته في الماضي غير ما تطالب به في الحاضر .

(ب) وبالنسبة للتفريق للامتناع عن الإنفاق فع انفاقهم على أنه إن كان له مال ظاهر لا يفرق بينه وبين زوجته — اختلفوا في حال ما إذا كان ممنوعاً لم يدع الإعسار ، أى لم يثبت بينه ، فقال الشافعي لا يفرق بينه وبين زوجته إذا طلبت التفريق ، لأن مظنة الرجوع عن غيه ثابتة ، ولأنه بالتحري والبحث يمكن معرفة ماله ، وتنفيذ حكم النفقة فيه ، ولأن إكراهه على الإنفاق يدفع السبب الموجب للتفريق ، ولأن التفريق لعدم الإنفاق ثبت بالقياس على التفريق للعيب ، ولا يتحقق القياس إلا في حال الإعسار .

وقال مالك وأحمد إنه يفرق بين الممتنع عن الإنفاق وبين زوجته إن طلبت التفريق ، ولم يكن له مال ظاهر ، لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار ، ولأنه ظالم بالامتناع ، وكان حقاً عليه أن يطلق ، فلما لم يطلق ، طلق القاضي عنه .

(ح) وبالنسبة للتفريق بين الغائب وزوجته قد اختلفوا ، فالشافعي قال إن أساس التفريق لعدم الإنفاق عنده هو الإعسار فما لم يثبت الإعسار ، فلا تفريق ، والغائب لا يمكن إثبات إعساره ، فلا يفرق بينهما ، وإذا أمكن إثبات إعساره حيث هو مقيم فرق بينهما ، وإن لم تعلم حاله من يساره أو إعساره أو كان ذا يسار ، فلا يفرق بينهما .

ومالك قرر أنه يطلق عليه إن لم يكن ترك مالا ويعذر عليه أن أمكن

(١) راجع في هذا الشرح الكبير (مالك ج ٢ ص ٤٩٧ ، والجزء الرابع من شرح الخرشي ٢٢٨) .

ذلك بأن كان معلوم المكان ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، بأن كان قريباً وقدر القرب بوصول الرسائل في أقل من عشرة أيام (١) .

وأحمد رضى الله عنه أجاز التفريق إن لم يترك ما تنفق منه ، ولم تستطع الاستدانة عليه . ولم يذكر الإعذار ، ولا الإمهال .

(د) وبالنسبة لنوع التفريق ، قد قال مالك رضى الله عنه ، إن التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعى ، وقال أحمد والشافعى إنه فسخ لا يحتسب من عدد الطلاقات ووجهه مالك أن الفرقة لعدم الإنفاق تشبه الفرقة بالإبلاء . لأن كليهما لمنع المضارة والإبلاء عنده طلاق رجعى ، فالفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعى .

وحجة الشافعى وأحمد في أنه فسخ ، أن هذا تفريق بسبب العجز عن القيام بحقوق الزوجة ، وما وقع الطلاق بلسانه ولا بأمره بل بحكم القاضى ، فلا يمكن أن يحتسب من عدد الطلاقات التى يملكها ، فإذا استأنفا حياة زوجية جديدة لا يحتسب من عدد طلاقها ، بل هو فسخ للنكاح .

ومالك الذى جعله طلاقاً رجعياً لا يجزى الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق ، بأن يكون قادراً على الإنفاق إذا كان قد ثبت إعساره ، يكون مستعداً للإنفاق إن كان قد فرق لامتناعه .

وترى من هذا أن القانون قد أخذ من مذهب مالك رضى الله عنه ، إذ أنه في كل موضع جرى الخلاف فيه بين الأئمة الثلاثة بشأن التفريق من حكم القانون متفقاً مع مذهب مالك ، فالتفريق طلاق رجعى ، وهو مذهب مالك خلافاً لأحمد والشافعى ، ويمهل المعسر شهراً وهو مذهب مالك ، وخالف الشافعى ، وأثبت التفريق حال غياب الزوج ومع الإعذار وإن أمكن وهو مذهب مالك ، وخالف الشافعى ، فقصر ذلك على ثبوت إعسار الغائب حيث هو مقيم ، ولم يشترط أحمد الإعذار والإمهال في الغيبة القريبة .

فإذا أضيف إلى هذا أن ديباجة القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المشتمل

(١) راجع الشرح الكبير للمالكى .

على هذه الأحكام نص فيها (١) على ما يفيد إقرار شيخ السادة المالكية ونائبها دون ذكر مذهب غيرهم ، فكان هذا دليلاً على أن ذلك القانون من المذهب المالكي .

وإذا كان التفريق لعدم الإنفاق مأخوذاً من مذهب مالك ، فهو المصدر التاريخي له ويجب الرجوع إليه في تفصيل مجمله ، وتقييد مطلقه ، وقد نص في مذهب مالك على أن الرضا بالإعسار عند العقد يمنع التفريق بعد ذلك ، وهكذا كل مطلق ، وكل مجمل يفسر بمذهب مالك .

٢٩٦ - وقبل أن نترك الكلام في هذا نشير إلى نقطتين :

(إحداها) أن المحاكم الشرعية المصرية كانت تحاول تضيق نطاق التفريق لعدم الإنفاق ، ولذا لم تجز التفريق إذا كان ثمة كفيل يمكن استيفاء النفقة منه (٢) .

(الثانية) أننا نرى أن التفريق لعدم الإنفاق لم يكن إصلاحاً ، والأولى الرجوع إلى المعمول به ، من قبل وهو عدم التفريق ، وذلك لأنه إن كان الزوج ممنوعاً ظلماً مع القدرة ، فإكراهه على الإنفاق ممكن ، فالحبس من غير طريق هو أبغض الحلال إلى الله أولى ، وإن كان الزوج معسراً تعلم إعساره عند العقد ، فإن مالكا نفسه لم يجز التفريق ، وأبو حنيفة أجاز الفسخ لعدم الكفاءة عند جهلها بإعساره ، وإن طرأ الإعسار ، فإن الكريمة تأبى الافتراق عن زوجها ، وقد تزوجها موسراً فأعسر ، بل يتعاونان على شدائد الحياة ، وعلى ذلك لا يلجأ إلى طلب التفريق إلا غير الكريمات ، وذلك ما كان ، بل إنه اتخذ سبيلاً للعبث بالحياة الزوجية ، فيكون الزوج معها يؤكلها ، ولكنها تتجه لغيره ، فتطلب الحكم بالتفريق لإعساره وتدعى الغيبة ، وهو لا يعلم ، ويصدر الحكم غيابياً ، وربما يكون كل ذلك وهو يعاشرها ، ومن أجل هذا وجدنا أكثر أحكام التفريق للإعسار غيابية .

(١) هذا نص الديباجة : « بعد الإطلاع على ما اتفقت عليه اللجنة المؤلفة من حضرات أصحاب الفضيلة شيخ الجامع الأزهر وشيخ المالكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ، ومفتي الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم من العلماء » .

(٢) محكمة سنورس ٣٠ يناير سنة ١٩٢٦ .

فالتفريق لعدم الإنفاق غير صالح للبقاء ، والله سبحانه وتعالى هو الهادى
إلى سواء السبيل

التفريق للعيب

٢٩٧ - التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولاً به من قبل
بمقتضى مذهب أبى حنيفة ، وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل
لأهله ، وقسم جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وزاد على ما كان معمولاً
به ، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ،
كالجنون والجذام والبرص والزهرى ، ولتكم فى القسم الأول :

لقد أجاز أبو حنيفة وأبو يوسف التفريق للعيب المستحكم الذى يمنع
التناسل بين الرجل والمرأة ، وذلك أن يكون عنيماً ، أو خصياً ، أو مجنوناً ،
وإنما اقتصر الشيخان على هذه العيوب دون غيرها ، لأن الغاية من الزواج
حفظ النسل ، فإذا لم يكن الرجل صالحاً لذلك فقد أصبح تنفيذ حكم العقد
مستحيلاً ، فلا جدوى فى بقاءه ، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل
الزوال ، ولا طريق للتخلص منه إلا بالتفريق ، فإن لم يطلق قام القاضى مقامه
فى الطلاق ، ولأن الصحابة أجمعوا على جوازه ، ولا إجماع يكون منهم فى
أمر إلا إذا كان له مستند من صاحب الشرع الشريف .

ولقد وافق سائر الفقهاء أبا حنيفة وصاحبه على ذلك ، وزاد محمد جواز
التفريق للجذام بالزوج والبرص والجنون ، لأسباب قامت عنده فى هذه
الأمراض ، وزاد غير محمد أمراضاً أخرى .

والأساس الذى بنى عليه الشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن
عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ، ولكن لما كان العيب التناسلى فى الرجل
يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء فيطلق مختاراً أو
غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج فى الجملة ،
فلا يصح التفريق إلا من يملكه بالأصالة وهو الزوج ، ويشترط للتفريق فى

- ٣٥٦ -

العنة (١) والجب والخصاء ثلاثة شروط .

(أولاً) ألا تكون عالة بذلك عند العقد . فإن علمت به عند العقد ورضيت فإنه ليس لها الحق في طلب التفريق بسببه .

(وثانيهما) أن تطلب التفريق من القاضي ، ويثبت لديه تلك الأحوال المانعة .

(وثالثها) أن يحكم القاضي بالتفريق فلا تتم الفرقة إلا بحكم القاضي بالطلاق وقلها لا يقع .

وتحقق الجب يكون بإثباته بطريق الإثبات في مثله ، فإن ثبت فرق بينهما في الحال ، أما العنة والخصاء فلا يحكم القاضي بالتفريق فيها بمجرد طلبها وثبوت عدم قبولها ، بل لابد من تأجيلهما سنة ويثبت أنه لم يقربها ، وذلك لأن عمر رضى الله عنه أجل التفريق سنة عندما طلبت امرأة التفريق ، لأن زوجها لم يقربها ، ولكي يتبين أنه لا يمكن أن يقربها ، فيثبت العيب المسوغ لها طلب التفريق ، ولأن السنة فيها الفصول الأربعة التي تختلف بالنسبة لها طبائع الناس ، فعساه يستطيع قربانها ، في فصل دون فصل ، ولأن السنة جعلت غاية في صبرها ، وإيلاء العذر الزوج شرعاً حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب شفائه ، ولو قال بعد مضي السنة أجلي يوماً واحداً لا يجيبه وتعتبر السنة القمرية ، وقيل تعتبر الشمسية لأن الفصول تقدر بها ، ولكن الراجح هو الأول ، ولا يحتسب من السنة كل مدة تغيب عنه فيها

وإذا انتهت السنة وأقر بأنه لم يقربها ، وأصررت على طلب التفريق فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة ، وإن اختلفا فادعت هي أنه لم يقربها ، وادعى هو أنه قاربها فإن كانت ثيباً فالقول قوله بيمينه ، وإن كانت لا تزال بكرأ فالقول قولها بيمينها ، وتعرف البكارة والثبوت بشهادة امرأتين أو بمعرفة أهل الخبرة .

(١) العنة معناها أن يكون الرجل غير قادر على الدخول بالمرأة مع سلامة الأعضاء ظاهراً ، والجب قطع عضو التناسل ، والخصاء قطع الخصيتين ، ويؤجل الخصى كالعنين سنة كما هو مبين في الأصل .

والتفريق لهذه العيوب يكون طلاقة بائنة ، وتستحق المرأة المهر كاملاً ،
إن كان قد اختلى بها .

هذه هي العيوب المجمع في المذهب على جواز التفريق بين الزوجين بسببها ؛ وقال محمد (كما نوهنا) يفرق بينهما للجنون والجذام والبرص لأن المعيشة مع هذه الأمراض لا تكون إلا بضرر ، ولأن تلك الأمراض تنتقل إلى الذرية ، ووجهة نظر الشيخين ما يتناه من أن الأصل في عقد الزواج أنه غير قابل للفسخ وإنما ثبت التفريق في عيوب التناسل بالزوج لأنها تحمل بالمقصود الأول منه ، فهي عيوب لحقت موضوعه وأصل شرعته ، وامتنع تنفيذ العقد معها ، فصح إنهاؤه بسببها .

٢٩٨ - هذا مذهب أبي حنيفة ولا يزال معمولاً به بالنسبة لعيوب التناسل التي ذكرناها وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ، ولم يعينها بأسمائها .

وخلاصة ما جاء به أن الزوجة يكون لها حق طلب التفريق من الرجل إن ثبت أن به عيباً ، وقد اشترط في العيب المثبت للتفريق ، وفي جواز طلبها ثلاثة شروط :

(أولاً) أن يكون العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن ، ولكن بعد زمن طويل ، فإن كان المرض قريب الزوال فإنه لا يجوز لها طلب التفريق من أجله .

(ثانياً) ألا يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، والضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها ، وظاهر أنه يجب أن يكون ضرراً شديداً لا يمكن احتمالاه ، أو يبق أثره في ذريتها .

ويستعان في تحقيق هذا الشرط وسابقه بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء إذ هم الذين يبينون مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشئ عن الإقامة مع وجوده .

(ثالثاً) ألا يثبت رضاها به مع العلم بذلك العيب ، فإن كان العيب قائماً وقت العقد وعلمت به عند إنشائه ، فليس لها أن تطلب التفريق ، وكذلك

إن لم تعلم به وقت العقد ثم رضيت به بعد العلم صراحة أو دلالة فليس لها طلب التفريق أيضاً ، ومثل ذلك إن طرأ العيب ، ورضيت به ، والفرقة بالعيب طلاق بائن ، ويكون بطلبها وحكم القاضى لها ، وقبل الحكم لا يكون فاق ، وأحكام الزوجية كلها تكون ثابتة ، حتى يكون الفراق (١)

٢٩٩ - هذه خلاصة ما جاء به القانون ، ولنتجه إلى فقه الموضوع :

اختلف فقهاء المسلمين بالنسبة للتفريق للعيوب ، فبعضهم منع ذلك في كل الأحوال ، سواء أكان العيب في الرجل أم كان العيب في المرأة ، وهؤلاء هم الظاهرية . وقد زكى الشوكاني رأيهم في نيل الأوطار فقال : « ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » (٢) .

وابن القيم قد أجاز طلب التفريق من كل عيب مستحكم سواء أكان بالرجل أم كان بالمرأة . لأن العقد قد عقد على أساس السلامة ولم توجد ، ولم يقتصر على عدد من العيوب عينا بأسمائها ، بل عرفها بأوصافها من غير عد وإحصاء (٣) .

(١) اشتملت على هذه الأحكام المواد التاسعة ، والعاشر ، والحادية عشرة ، وهذا لصها : المادة التاسعة - للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرورة كالجنون والجدام والبرص . سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم تره به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها . فلا يجوز التفريق .

المادة العاشرة - الفرقة بالعيب طلاق بائن

المادة الحادية عشرة - يستعان بأهل الخبرة في معرفة العيوب التي فسخ الزواج من أجلها .

(٢) راجع نيل الأوطار الجزء السادس ص ٢٩٩ ، وجاء مثل ذلك في الروضة الندية

الجزء الثاني ص ٣٢ .

(١) قال ابن القيم في هذا المقام « وأما الاختصار على عيين أو ستة أو سبعة أو ثمانية » دون ما هو أول منها أو مساو لها ، فلا وجه له ، فالعيب والخرس والطرش ، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والنس ، بل هو مناف الدين ، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهي كالمرسوط عرفاً ، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لمن تزوج امرأة ، وهو لا يولد له .

وبين هؤلاء المانعين والمحيذين بإطلاق كان جمهور الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه لم يميزوا التفريق من القاضي لعيوب المرأة ، لأن الرجل بيده الطلاق ، وأجازوا التفريق لعيوب بالرجل أحصوها ، وحصرها الشيطان في الثلاثة الخاصة بالتناسل ، وقد ذكرناها ، وأضاف إليها محمد البرص والجنون والجذام ، كما بينا .

والأئمة الثلاثة أجازوا التفريق لهذه العيوب سواء ، أكانت بالرجل أم كانت بالمرأة ، فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التناسل ، بأيهما كانت تميز للآخر طلب التفريق .

وإذا كان الجذام والبرص لوحظ فيهما ما يترتب عليها من نفرة وضرر بالنسل ، فإنه يصح قياس ما يماثلهما ، وإن لم ينص عليه الأئمة .

وقد قال مالك إن الفرقة تكون طلاقاً بائناً ، وقال الشافعي وأحمد إنها تكون فسخاً ، لأن كل فرقة إن لم يوقعها الزوج تكون فسخاً ، أما الطلاق فلا بد فيه من إرادة الرجل ، وحجة مالك أن كل ما يكون من الرجل أو بسبب منه يكون طلاقاً ، وإن التخلص من مضار هذا العيب لا يكون إلا إذا كان بائناً .

واختلف في اعتبار السكوت مع العلم بالعيب رضا ، فقد قال مالك والشافعي إنه يعتبر رضا . ولذلك ، إذا سكوت بعد العلم مدة يمكن أن ترفع

= أخبرها أنك عقيم ونحيرها . فإذا يقول رضى الله عنه في العيوب التي هذا عنده كمال بلا نقص والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحة والمودة فيوجب الخيار ، وهو أول من البيع ، كما أن الشرط المشروط في النكاح لول بالوفاء من شروط البيع ما ألزم الله ورسوله مفروراً قط ، ولا مغبوناً بما غره وغبن به . زاد المعاد ج ٤ ص ٤٣ .

وترى أن كلامه في العيوب المقترنة بالمقد ، أما الحادثة بعده ، فلا يتأتى فيها هذا ، والله أعلم ، ولم يفرق بين عيوب الرجل وعيوب المرأة كالمذاهب الثلاثة ، وثمرة ثبوته بالنسبة للرجل أن التفريق يكون فسخاً عند أحد والشافعي يدل أن يكون طلاقاً يحتسب عليه ، فلا يجب شيء من المهر ، وإن كان قبل الدخول ، وقد قال ذلك مالك أيضاً بالنسبة للمهر . وإن كان التفريق عنده طلاقاً بائناً ، وإذا كان التفريق بعد الدخول ، فإنه لا يجب مهر المثل عند مالك إن كان المسمى في العقد أكثر منه ، وكأن العيب مقارناً للمقد ، لأن المقد كان على أساس السلامة .

- ٣٦٠ -

فيها إلى القاضي ولم ترفع يسقط حقها ، وقال أحمد لا يعتبر رضا دلالة ، ولكن إن رضيت بالدخول مع العلم بذلك يعتبر ذلك رضا .

٣٠٠ - وإنه يلاحظ أن التفريق للعيوب متفق مع مذهب مالك رضي الله عنه في الجملة وما اختلف فيه هو أنه عرف العيوب بالوصف ، ولم يعدها بالاسم كأكثر المالكية ، ولكنه اختلف لا يمس الجوهر ، لأن كتب المالكية منها ما ذكر عدداً كبيراً من العيوب ، ومنها ما قلل العدد ، والأساس هو التخرج على العيوب المنصوص عليها ، فالقانون أيضاً ما نتج أنه خرج على العيوب المنصوص عليها ، فالقانون قد اتخذ الوصف الذي اعتبر علة التفريق أساس التعريف بالوصف ، وغير ذلك في هذا التفريق متفق مع مذهب مالك بالنص ، فالتفريق طلاق بائن فيهما .

وإذا كان التفريق للعيوب مأخوذاً من مذهب مالك ، فهو المصدر التاريخي يرجع إليه في تفسيره ، في تفصيل مجمله ، وتقييد مطلقة ، فثلاً نجد أن مذهب مالك اعتبر السكوت مدة يمكن التراجع بها رضاء مسقطاً للحق ، فيجب أن يكون ذلك من تفسير القانون في الرضا دلالة ، وبذلك أخذ القضاة في مصر ، ومذهب مالك في المحنون ألا يفرق بينه وبين زوجته إلا بعد التأجيل سنة ، فيجب أن يكون ذلك عند تطبيق القضاة ، لأنه ربما يشق بعد سنة ، وإن ذلك رأى عمر بن الخطاب فقد قال في محنون طلبت امرأته الفراق : أجلوه سنة فإن برأ وإلا فرق بينه وبين امرأته .

التفريق للضرر

٣٠١ - التفريق للضرر يكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على الزوجية ، ويكون ثمة سبب مادي يمكن الاستدلال منه على الضرر ، فيكون لها طلب التفريق لذلك ، والضرر الذي ذكر مسوغاً لطلبها التفريق أقسام ثلاثة : أولها - أن يؤذيها بالقول أو الفعل إبداء لا يليق بمثلها ويثبت ذلك . وثانيها - أن يغيب عنها سنة فأكثر ، وتتضرر من غيابه . وثالثها - أن يحكم عليه بالحبس ثلاث سنوات ، وتمضي عليها سنة وتتضرر من غيابه عنها فيها .

وقد بين القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام ذلك التفريق .

و خلاصة ما جاء بذلك القانون خاصاً بالتفريق للأذى بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالهما ، أنها إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ومن هما في طبقتهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبينه ، فإن أثبتت دعواها ، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً ، وإن عجزت عن إثبات دعواها رفضها ، فإذا تكررت الشكوى والعجز عن الإثبات بعث القاضي حكماًين ، رجلين عدلين من أهلها إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم من ذوى الصلات بهم ، ومن لم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

وهذان الحكمان يتعرفان أسباب الشقاق ، ويبدلان جهودهما في إصلاح ذات البين بين الزوجين ، فإن تم انتهى الأمر على الوفاق .

وإن عجزا عن الإصلاح فعليهما أن يتعرفا من أى جانب كانت الإساءة ، فإن تبين لهما أن الإساءة من جانب الرجل ، أو من جانب الزوجين ، أو جهلت الحال لهما قررا التفريق بطلاقاً بائناً يحكم بها القاضي ، أما إذا تبين أن الإساءة من جانبها فإنه لا تفريق ، وترفض دعواها ، ولا تسمع من جديد إلا بإثبات كامل (١) .

(١) هذا ما نصت عليه المواد السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشر ، والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهذا نصها :

٦ - إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر ونجوز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماًين على الوجه المبين في المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

٧ - يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم من له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

٨ - على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ، ويبدلا جهودهما في الإصلاح فإن أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها .

٩ - إذا نجح الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من جانب الزوج ، أو منها أو جهلت الحال قرر القاضي التفريق بطلاقاً بائناً .

ويلاحظ أن الحكمين يقرران ما يريانه ، والقاضى هو الذى يحكم بالطلاق أو الرفض على حسب ما يقررانه .

والطلاق الذى يقع يكون طلاقاً بائناً ، لأنه لا يزال الضرر إلا بذلك ، إذ لو كان له أن يراجع ما زال ضرره ، فلا بد أن يكون بائناً .

وإذا اختلف الحكمان ، ورفعوا أمر الاختلاف إلى القاضى أمرهما بمعاودة البحث عساهما يتفقان ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، يمكن الوصول إلى الصلح بين الزوجين ، أو حل عقدة الزواج .

٣٠٢ - هذا هو حكم القانون ، وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أن هذا الجزء من القانون من مذهب مالك رضى الله عنه ، وهذا حق ، فإن مذهب مالك رضى الله عنه قد اتسع لذلك ، ومثله مذهب أحمد بن حنبل رضى الله سبحانه وتعالى عنه ، ففيهما جواز التفريق للضرر ، وخالفهما فى ذلك أبو حنيفة والشافعى .

والمنصوص عليه فى مذهب مالك رضى الله عنه أن الزوج إن تعدى على زوجته بأن آذاها إيذاء غير سائغ له شرعاً ، ورفعت أمرها إلى القضاء وأثبتت الإيذاء زجره ، واكتفى بذلك إن أرادت البقاء ، وإن عجزت عن الإثبات وتكررت الشكوى أسكنها بين قوم صالحين ، وإذا ادعى كل واحد منهما إضرار الآخر به ، وعجز كل واحد منهما عن الإثبات وأشكل الأمر على القضاء بعث حكمين عدلين رشيدين من أهلها إن أمكن ، وإلا فن غيرهما ، وأصلحا بينهما إن أمكن الإصلاح ، فإن لم يمكن الإصلاح كان لهما التفريق بخلع على المهر إن تبين لهما أن الأذى أو النشوز من جانبها ، وبغير خلع إن تبين لها أن الأذى من جانبها ، ويقدران الأمر إن جهلت الحال ، أو تبين أنه من جانبها ، ويقع الطلاق ولو لم يطلب الزوجان أو أحدهما الطلاق .

والتفريق بعمل الحكمين فى هذه الحال يكون للشقاق فى ذاته ، وإن لم

= ١٠ - إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

١١ - على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

- ٣٦٣ -

يثبت الأذى ، وإن آذاها وأثبتت الإيذاء ، وطلبت التفريق بناء عليه طلق
القاضى عليه ، وإثباتها الضرر يكون بالشهادة عليه ، وإن لم تكن الشهادة على
تكراره وإن لم يستطع الإثبات رفضت دعواها فإن تكررت الشكوى ،
حكم القاضى حكماً ليصلحها ، فإن لم يمكن الإصلاح طلقاً بخلع على المهر ،
إن كان الأذى من جانبها ، وتقدير مال مناسب إن كان الأذى من جانبها ،
أو جهلت الحال ، وبغير مقابل إن كان الأذى من جانبها ، والتفريق فى هذه
الحال للضرر أو للشقاق معه .

وفى كلتا الحالتين كان الحكمان عند تكرار الشكوى والعجز عن الإثبات :
والأصل فى بعث الحكيم قوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا
حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما) فقد فهم
بعض الصحابة أن حق الحكيم مطلق فى الإصلاح والتفريق ، والقاضى
يقضى بما يريانه ، ومن هؤلاء على بن أبى طالب ، وعبد الله بن عباس ،
وقد أعلنا ذلك الرأى ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة ، وإنه يتفق مع
المأثور من أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال عليه السلام
« لا ضرر ولا ضرار » ويتفق مع روح القرآن الكريم ونصوصه ، لأن الله
تعالى يقول « فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقد فات الإمساك
بمعروف ، فتعين التسريح بإحسان .

هذه حجة الإمامين مالك وأحمد ، أما حجة غيرهما فهي أن الحكيم
للإصلاح أو للتفريق ، وأن التفريق لا يكون إلا بتفويض من الزوج ، وأولوا
ما ورد عن الصحابة ، بوجود التعويض ، ولأن ضرر الإيذاء يزال بالتعزير
وعدم إجبارها على طاعته .

٣٠٣ - هذه آراء العلماء فى التفريق بسبب الإيذاء بالقول أو الفعل بما
لا يليق بأمثالهما .

ومن الحق أن ننقل بعض ما جاء فى كتب المذهب المالكى الذى اعتبر
مصدر القانون بنص المذكورة الإيضاحية .

لقد نقل عن مالك رضى الله عنه فى المدونة أن الحكيم يكونان إذا

حدث بين الرجل وامرأته ما لا يثبت بينة ، ولا يستطيع القاضى أن يتخلص إلى أمرهما .

وجاء فى تفصيل عملهما فى المقدمات الممهديات لابن رشد أنه « إن تبين أن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ، ويكون لها نصف صداقها ، إن كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعد الدخول ، وإن تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أقراها تحتها واثمنته على غيبتها ، وأذا له فى تأديتها كما أمر الله تعالى ، وإن تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقا بينهما بغرم بعض الصداق ، نصفه إن كان لإضرار كل واحد منهما لصاحبه متكافئاً ، وأكثر إن كان الإضرار منها أكثر ، وأقل إن كان الإضرار منها أقل » .

وجاء فى حاشية الخرشى أنه إن كانت الإساءة من الزوج أكثر تكون كإساءته منفرداً ، أى يفرق من غير أن تغرم شيئاً ، كذلك إذا ثبت أن الإساءة كانت من جانبها أشد تكون كإساءتها منفردة أى تغرم الصداق كله . وقد اتفقت المصادر فى المذهب المالكى على أن الإساءة إن كانت من جانب الزوجة ، وكان رأى الحكيم التفريق قرراه خلعاً ، ولو لم يطلب الزوج ذلك ، إن تعينت المصلحة فى ذلك .

ونرى من هذا أن القانون قد أخذ من مذهب مالك حكم ما إذا كانت الإساءة من جانب الزوج ، ولم يأخذ بحكم ما إذا كانت من الزوجة ، وانحرف فى الحكم عن جادة التساوى ، لأنه فى حال التساوى فى الإساءة يكون بغرم نصف صداقها ، بينما القانون قرر التفريق من غير شيء .

وقد علل واضعو المذكرة الإيضاحية ذلك بقولهم : « رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب مالك من أحكام الشقاق بين الزوجين ما عدا الحالة التى تبين للحكيم فيها أن الإساءة من الزوجة دون الزوج ، لئلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرا الزوجية بلا مبرر »

وإن هذا التعليل غير مستقيم ، لأن مذهب مالك يميز التفريق إذا كانت الإساءة من جانبها ، ويجعل الفرقة خلعاً ، أو تعرم بعض صداقها إن كانت

من جانبها أى أنها تغرم فى سبيل هذا الفراق صداقها أو بعضه ، على حسب ما يرى الحكمان ، فهو لا يغرى المشاكسات بفصم عرا الزوجية بلا مبرر ، بل يضع أمامها عقوبة المشاكسة ، وفوق ذلك لا نفع فى بقاء امرأة نافرة من الحياة الزوجية مع الرجل ، فالبغض الشديد من جانبها هو نفسه مبرر من مبررات الفراق ، ما دامت ستدفع له ما أنفق فى سبيل هذا الزواج من نفقات .

هذا نقص فى القانون فى هذا الموضوع ، وهناك نقص آخر ، وهو أنه لم يأخذ بنظام التحكيم فى كل الدعاوى التى تكون بين الزوجين مع أن المقدمة التى ساقها المذكرة الإيضاحية لتبرير ما اقتبسه من مذهب مالك توجب جعل التحكيم أساساً فى كل دعاوى الزواج ، لأن كل شقاق بينهما ناتج عن نفرة عارضة ، ويلبس لبوس دعوى النفقة أو الطاعة أو نحو ذلك ، والمذكرة قالت ذلك ، ففيها ما نصه : « الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقصر أثرها على الزوجين ، بل يتعداهما إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام ، تطالب الزوجة بالنفقة ، ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتغريم المال ، ويطالب الزوج بالطاعة ، ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها ، وأن تنالها يده ، فيوقع بها ما يشاء من ضروب العسف والجور ، فضلاً عن هذا ما يتولد عن ذلك من إشكال فى تنفيذ حكم الطاعة ، وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة ... »

وإن هذه المقدمة تفيد بلا ريب ضرورة بعث الحكيم عند أى شقاق بين الزوجين ، لا عند طلب التفريق للضرر فقط ، ولكن النتيجة التى انتهت إليها كانت هى التفريق لذلك فقط ، فكانت دون المقدمة ، والحق أن تحكيم الحكيم واجب عند كل خلاف بين زوجين ، وذلك نص القرآن الكريم « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » ، وفى المشروع الذى وضعه المكتب الفنى لرياسة الجمهورية النص على جواز التفريق خافياً ، إذا كانت الإساءة من جانب

الزوجة وطلب الزوج ذلك ، كما اقترح النص على أن من يطلق زوجته إذا وجدها في حال تلبس بالزنى أو يثبت عليها ذلك فإنه يسقط مؤخر الصداق ، ولا تجب لها نفقة عدة .

٣٠٤ - التفريق للغياب : هذا هو النوع الثاني من التفريق للضرر ، لأن الزوجة كما تتضرر بإيذائها بالقول تتضرر بإيحاشها بالغياب عنها .

والتفريق للغياب هنا يثبت في الغياب المعلوم حاله فيه ، وغير المعلوم حاله ، وقد اشترط للتفريق بالغياب أن تمضي سنة تتضرر فيها الزوجة ، فإذا مضت السنة فلها أن تطلب التفريق للتضرر من الغياب ، ولو ترك لها مالا تنفق منه ، فإن طلبت ذلك ، وكان غير معلوم ، أو في مكان لا يمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي متى ثبت لديه الغياب ومضت السنة يطلق في الحال ، وإن كان معلوم المكان ويمكن وصول الرسائل إليه يرسل إليه بأن تحضر لزوجته ، أو يضمها إليه ، ويضرب له أجلا ، ويبين له أنه إن لم يحضر فيه أو يضمها إليه يطلقها عليه ، فإن مضى الأجل ولم يفعل طلق عليه ، والطلاق يكون بائنا ، حتى لا يتمكن من المراجعة ، فيكون ذلك مواصلة للضرر .

ويلاحظ : (أ) أن الغيبة تقتضي أن يكون في بلد آخر غير الذي تقيم فيه فإن كان في البلد الذي تقيم فيه وتركها هذه المدة أو نحوها ، فإن التفريق في هذه الحال يكون للضرر فيه من النوع الأول ، لأنه هجر قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله .

(ب) وإن السنة المحدودة هي السنة الهلالية ، لأنها مطلقة في القانون ومذكراته غير مقيدة بكونها شمسية ، وعند الإطلاق تعتبر السنة الهلالية ، لأنها الأصل في التقدير الإسلامي .

(ح) وإن الغياب المحيز للتفريق هو الذي يكون بغير علم مقبول ، أما إذا كان بعلم مقبول ، فلا تفريق لأنه لم يقصد بذلك الأذى (١) .

(١) هذه الأحكام هي ما نصت عليه المادتان الثانية عشرة والثالثة عشرة ، وهذا نصهما :

١٢ - إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا علم مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده ، ولو كان له ما تستطع الإنفاق منه .

- ٣٦٧ -

٣٠٥- والتفريق للتضرر من الغياب هو مذهب مالك وأحمد ، لأن المرأة قد تقع في جريمة دينية بإهمالها ، وتركها تعيش من غير عيش يؤنسها ، ولأن تركها وإقامته في مكان بعيد الشقة لا يأخذها إليه مضارة لها ، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ولأن ذلك ليس إمساكاً بمعروف ، فتعين التسريح بإحسان ، فإن لم يرقم به قام القاضى مقامه فيه .

ولابد للتفريق بالغياب أن تمضى مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا ، لأن الفقرة بسبب ذلك الضرر الواقع ، لا التضرر المتوقع فقط ، وقد جعل أحمد أدنى مدة يجوز أن تطالب التفريق بعدها ستة أشهر ، لأن عمر رضى الله عنه كان لا يجعل الجند يغيبون عن أزواجهم أكثر من ستة أشهر ، ولأنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها ، وقد استفتى عمر في ذلك السيدة حفصة .

أما مذهب مالك رضى الله عنه فقد اختلف في الحد الأدنى للتضرر فقبل ثلاث سنين وقيل سنة ، وبهذا أخذ القانون ، وقد قالت المدكرة الإيضاحية إن ذلك الجزء من قانون سنة ١٩٢٩ مأخوذ من مذهب مالك ، ولكن يلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه لم يشترط في الغياب المسوغ للتفريق أن يكون بغير عذر مقبول ، وإن ذلك وإن كان غير موجود في مذهب مالك هو موجود في مذهب أحمد رضى الله عنه (١) .

والعذر المقبول كسفر لتجارة ، أو سفارة ، أو طلب علم أو نحو ذلك ، ولا يمكنه فيه أن يضم أهله إليه .

٣٠٦- التفريق للحبس : هذا هو النوع الثالث من التفريق للضرر ،

وهو مما جاء به قانون سنة ١٩٢٩ ، فإن المحبوس إذا كان محكوماً عليه بما

= ١٣ - إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا ، وأعذر إليه بأن يطلقها عليه ، إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما بتطبيقه بآئنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب الرجل .

(١) يلاحظ أن التفريق للضرر نسخ عند أحمد ، وطلاق بائن عند مالك ، وبذلك أخذ القانون كما ترى .

يقيد حريته مدة ثلاث سنين فأكثر ، فلها أن تطلب التفريق للضرر بعد سنة من حبسه ، والقاضى يحكم لها بذلك ويكون طلاقاً بائناً (١) .

ولقد قاس واضعو هذا القانون حال الحبس على حال الغياب ، لأنه غياب فعلاً ، وفي أكثر الأحوال لا يكون في البلد الذى يقيم فيه ، وقد اشترط مضى سنة تتضرر فيها كالغياب ، كما اشترط أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين ، حتى تكون يائسة من عودة قريبة ، فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة .

وإن التفريق بين المحبوس وزوجه هو المنصوص عليه في فتاوى ابن تيمية الحنبلى ، فقد جاء فيها في باب عشرة النساء ما نصه : « القول في امرأة الأسير » والمحبوس ونحوهما ، مما يتعذر انتفاع امرأته به — إذا طلبت فرقة ، كالقول في امرأة المفقود ، ولذلك نقول ما كان ثمة حاجة لقياس المحبوس على الغائب بحكم القانون ، بل يؤخذ بالنص من مذهب أحمد ابن حنبل .

إثبات الطلاق والاشهاد فيه

٣٠٧ — جمهور الفقهاء ، على أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد ، فحضور الشهود شرط في صحة الزواج ، وليس شرطاً في إنهائه ، وذلك لأنه لم يؤثر عن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، ولا عن النبي ﷺ اشتراط الشهود لوقوع الطلاق ، فاشتراطهم زيادة من غير دليل مثبت ، وعلى ذلك جرى جماهير المسلمين .

ولقد قال فقهاء الشيعة الإمامية الإثنا عشرية والإسماعيلية : إن الطلاق لا يقع من غير إشهاد عدلين ، لقوله تعالى في أحكام الطلاق وإنشائه في سورة الطلاق : (وأشهدوا ذوى عدل منكم ، وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ، ويرزقه

(١) هذه الأحكام نص عليها المادة الرابعة عشرة ونصها « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضى بعد سنة من حبسه ، التطلاق عليه بائناً للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

من حيث لا يحتسب) ، فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة ، فكان المناسب أن يكون راجعاً إليهما ، وإن تعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يشرح لذلك ويقويه لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين ، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى .

إن ذلك معقول المعنى ، يوجب التنسيق بين إنشاء الزواج وإنهائه ، فإن حضور الشاهدين شرط فى الإنشاء ، فيجب أن يكون شرطاً فى الإنهاء .

وإنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به فى مصر لاخترنا ذلك الرأى ، فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ، يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة . ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه ، ولكي يمكن إثباته فى المستقبل فلا تجرى فيه المشاحة . وينكره المطلق إن لم يكن له دين ، والمرأة على علم به ، ولا تستطيع إثباته . فتكون فى حرج دينى شديد .

وقد قال الظاهرية لا يقع الطلاق إلا بعد إعلام الزوجة بالطلاق ، وعلى ذلك إذا طلقها وهى غائبة فله الرجوع فيما قال ، وذلك أمر حسن .

٣٠٨- وإثبات الطلاق على حسب المعمول به الآن فى مصر يكون بكل وسائل الإثبات الشرعية فيثبت بالإقرار ، ويثبت بالنكول عن اليمين ، عند الصاحين ، وبالبينة (١) ، وذلك كله إذا كان الخلاف فى حياة الزوجين .

(١) البينة المراد بها البينة الشرعية وهى التى تتكون من رجلين أو رجل وامرأتين ، ويجب أن يكونا مسلمين إذا كان المطلق مسلماً ، وقد كانت المحاكم الشرعية تسير على ذلك ، ولكن محكمة الاستئناف بطنطا قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ٤ يولية سنة ١٩٥٧ بعدم التزام البينة الشرعية فى قضايا الطلاق ، سواء أكانت لإثبات وقوعه أم كانت لطلب الطلاق بحكم القاضى ، وبنت هذا الانطلاق على أن القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الفصل الخاص بالإجراء ، ولم يبق منه إلا ما يتعلق بشهادة الاستكشاف والشهادة بالإيصال وبذلك يكون قد ترك الإثبات لقواعد قانون المرافعات تعطى القاضى سلطة واسعة فى غير الديون لتكوين عقيدته بالبينات غير مقيد فى تكوين هذه العقيدة بسنهم ولا جنهم ولا دينهم ولا عددهم ، وبأن القضاء بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة الذى لا يزال باقياً خاص بالمسائل الموضوعية لا بالأمر الذى يتعلق بإجراءات .

.

== وإنا لا نوافق على هذا الحكم لما يأتي :

أولاً : لأن كون الشهادة لابد أن تكون بائنين كحد أدنى أمر جوهري في الإسلام فلا يصح أن ينزل إلى مرتبة الأمور الثانوية أو الإجرائية ، لأنه ثابت بنص القرآن إذ يقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وما نص عليه القرآن تكون مخالفته إلى أقل منه في الحلال والحرام مخالفة للنظام الإسلامي العام ، وقضاء الأحوال الشخصية للمسلمين لا يزال خاصاً لحكم الإسلام ، ولذلك لا يصح أن يعتبر نصاب الشهادة وكون الشاهدين مسلمين في شئون الأسرة الإسلامية ليس أمراً موضوعياً ، وفوق ذلك لم يوجد نص صريح بإلغاء هذا النصاب ولا صفته وإن النص الملغى جاء التشديد لا للتساهل ، ذلك أن بعض الأمور المالية التي تزيد على عشرة جنهات كان يقضى فيها بالبينة ، فجاء النص وشدد في أن يكون الإثبات بالأوراق فهو مشدد لقيود الإثبات ، لا خافض ، وغريب ألا يقضى بأحد عشر جنهياً بالبينة أو القرينة ويقضى في الطلاق بشهادة واحدة .

ثانياً : أن الطلاق أخطر أمر يتعلق بالحياة الزوجية ، وهو أبغض الحلال إلى الله تعالى ، فلا يصح أن يترك أمر الإثبات فيه إلى مجرد التقدير الشخصي للقاضي ، بل لابد أن ينضم إلى التقدير الشخصي نصاب مقرر ثابت هو نصاب مقرر في القرآن والسنة ، وأجمع عليه المسلمون من أقدم المصور إلى الآن ، وقانون المرافعات الذي أعطى القاضي سلطة التقدير لم يمنع النصاب ، وإن القاضي لابد أن يفرض في تقديره الخطأ ، كما يفرض فيه الصواب ، والضمير القضائي يوجب أن يقيد نفسه بنصاب معلوم ليتحاشى الخطأ ما أمكن ، ولا يصح أن يتحمل وحده تبعة الإثبات ، بل يشرك معه مسوغاً من قانون السماء ، وإن أمر الطلاق فيه تحريم وتحليل ، ففيه تحريم امرأة على زوج وتحليلها لغيره ، وكل ما يتعلق به موضوعي لا إجرائي ، وفيه حق الله تعالى ، وقد نص الفقهاء على أنه إذا تصادق الزوجان على الطلاق في وقت معين ، فإن العدة تثبت من وقت التصادق لا من وقت الوقوع وإثبات كل ما يتصل بالتحريم والتحليل موضوعي لا إجرائي .

ثالثاً : أن الطلاق أمر إسلامي تنفذ فيه الأحكام الإسلامية ، ويقضى بالتنسيق القضائي والفقهي أن تتخذ المناهج التي سنّها الإسلام لإثباته ، وإذا كان قضاؤنا يرجع إلى القانون الفرنسي والقضاء الفرنسي في تحريج وتفسير قانوننا ، أفليس من الأولى ، ونحن نطبق حكماً إسلامياً خالصاً أن نقتيد بنصاب الإثبات من غير إخلال بالتقدير الشخصي ، وخصوصاً أن مسائل الطلاق كلها موضوعية لا شكلية فيها .

رابعاً : أن المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ عامة شاملة في كل ما لم ينص عليه ، وتخصيصها من غير تخصيص من النصوص تحكم لا يجوز ، وإن قاعدة تخصيص العام لا تسمح بالتخصيص بمجرد القياس ، أو الاستنباط الاجتهادي ، وخصوصاً إذا كان الاستنباط مخالفاً للقواعد المقررة في الأمر الذي يكون موضوع النزاع ، ويخالف المقررات الثابتة في المصدر التاريخي للقانون المطبق والله هو الموفق إلى الصواب ، والقانون رقم ٤٦٢ -

بيد أنه إن ثبت بالإقرار أو النكول عند من يراه لا يتعدى الإثبات طرفي النزاع ، ولذلك استظهر بعض الفقهاء أن بعدة تثبت من وقت التصديق أو النكول ، لا من الوقت الذي أسند الطلاق إليه .

وإذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ، وكان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فإنه يثبت بورقة خالية من شبهة التزوير ، وبالأولى يثبت بورقة رسمية ، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه .

وإذا كان الطلاق واقعاً في الحوادث التالية لذلك التاريخ أى من سنة ١٩١١ فإن الطلاق لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه أو ورقة رسمية .

وإنما كان ذلك لأن دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون في الغالب نزاعاً على مال ، وما دامت نزاعاً على مال ، فإنه يأخذ حكم الوصايا في النزاع عليها ، وهي لا تثبت بعد الوفاة إلا بورقة رسمية أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه .

وكانت الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ معفاة من الإثبات بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفى ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجيز الإثبات بالورقة العرفية الخالية من التزوير ، فبقيت الحوادث التي وجدت في ظلها على حكمها فكان الطلاق الذي لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه أو ورقة رسمية لا يكون إلا من وقت تطبيق اللائحة الجديدة ، والله سبحانه وتعالى هو الموفق .

== لسنة ١٩٥٥ ما منع التقيد بالنصاب فيما يمين فيه النصاب شرعاً ، بل إنه زاد أمراً أشد من النصاب ، زاد أمراً آخر وهو الورقة في الأمور المالية فهو موجب لأساليب ومانع كما أشرنا ، فهو أثبت القائم وزاد عليه بالنسبة للأموال والأوراق ، والدليل على ذلك أنه استثنى الإيصاء وشهادة الاستكشاف وهي أمور مالية ولكن مع الأسف أيدت بحكمة النقض حكم محكمة الاستئناف بانية ذلك على أن موضوع القضية مأخوذ حكمه من مذهب مالك فلا يطبق مذهب أبي حنيفة فنقول ، وهل مذهب مالك يحكم بشهادة واحد في الطلاق !! اللهم ، لا .

العدة

٣٠٩ - العدة في اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنقسم عرا الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة ، بل تربص المرأة ولا تزوج غيره ، حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع .

وقد شرعت العدة (١) للإحداد على الزواج السابق ، فلا يصح للحرمة الكريمة أن تزوج فور طلاقها ، إذ بعد ذلك استئانة بالزواج الأول ، والعشرة التي قامت فيه ، وهي تستوجب الوفاء له .

(٢) وفوق ذلك فهي وقت مقرر لاستبراء الرحم ، والتأكد من استبرائه فإذا تزوجت زوجاً آخر يكون ذلك بعد الاستيثاق من فراغ الرحم .

(٣) وشرعت العدة أيضاً لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً ، فلا بد أن تكون لدى الزوج فرصة الرجوع إلى أهله ، فكانت العدة نحو ثلاثة أشهر تقريباً ليتمكن من مراجعة نفسه ، لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وترى من هذا أن العدة تربص من جانب المرأة ، أما الرجل فلا ينتظر ، لأن له أن يتزوج وهي معه ، فأولى أن يكون له الزوج وهي في العدة ، بيد أنها إن كانت هي الرابعة وقد طلقها ، فليس له أن يتزوج حتى تنتهي عدتها ، لأنه لا يجوز الجمع بين أكثر من أربع في النكاح ، أو في العدة ، ولذلك كان الرجل ممنوعاً من الزواج حتى تنتهي العدة ، ويتربص بمقدار عدتها (١) .

(١) هذه الحال التي يتربص فيها الزوج عن الزواج فلا يمكنه أن يتزوج أي امرأة حتى تنقضي العدة كما لا يمكن المرأة أن تزوج أي رجل حتى تنتهي العدة ، ولقد أحصى ابن عابدين في رد المختار نحو عشرين حالة يتربص فيها الرجل عن امرأة بعينها ، ومنها أنه ليس له أن يجمع بين المرأة وأختها حتى تنتهي عدة المرأة إن كان قد طلقها وأنه ليس له أن يتزوج مطلقته ثلاثاً إلا إذا تزوجت غيره ودخل بها حتى تنتهي عدتها بعد طلاق الثاني ، ومنها أنه إن كان متزوجاً حرة وطلقها فليس له أن يتزوج أمة ، حتى تنتهي عدة الحرة ، ونظرة فاحصة ترينا أن هذا ليس من قبيل تربص العدة ، لأن تربص العدة يقتضي ألا يتزوج من أي امرأة حتى تنتهي العدة ، وهذا الانتظار لأجل الزواج من امرأة معروفة بعينها أو وضعها لا من أي امرأة ، ولذلك قلنا أنه لا يتصور للرجل عدة إلا في صورة الجمع بين أربع .

٣١٠- والعدة تجب بالمشاركة في العقد الفاسد والوطء بشبهة ، كما تجب بالعقد الصحيح ، بيد أنها في العقد الفاسد والوطء بشبهة سببها الدخول ، فلا تثبت إلا بالدخول ، وتبتدىء من وقت المشاركة في العقد الفاسد ، أو من وقت الموت (١) وأما في الوطء بشبهة فإنها تبتدىء من آخر دخول بها .

والعدة في الوطء بشبهة ، وفي العقد الفاسد تكون بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض ، وإلا فثلاثة أشهر ، وهذا كله إن لم تكن حاملا ، فإن كانت حاملا ، فالعدة بوضع الحمل ، فلا فرق في تقدير العدة ونوعها إذا كانت الفرقة بينهما بالمشاركة أو الموت ، بل هي واحدة في كل الأحوال ، فليس في العقد الفاسد نوع خاص بالوفاة .

أما العدة في العقد الصحيح فإنها تجب بالفرقة بعد الدخول أو الخلوة إن كانت الفرقة بغير الوفاة ، أما إذا كانت بالوفاة فإنها تجب بالعقد نفسه والوفاة ، ولذلك تجب في حالة الوفاة ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل ، لأنها تجب في هذه الحال إحداء على الزوج السابق (٢) ولا تجب في الفرقة قبل الدخول والخلوة أى عدة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فلا لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

وابتدائها في العقد الصحيح من وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو غيره ، ولكن إذا كانت الفرقة هي الطلاق ، وكانت لا تعلم بوقوعه ولم يقم بينة ثم أقر به وصدقته ، فإنها لا تبتدىء من التاريخ الذي ذكره ، بل تبتدىء من تاريخ الإقرار ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعدها ، والعدة حق الشارع ، فلا يسرى إقراره بالنسبة لها ، وعسى أن يكون التصديق بينهما لضياح حق من الحقوق ، كأن يقر لها بالطلاق ، وتصادقه وهو في مرض

(١) العدة في العقد الفاسد تبتدىء من آخر وطء كالوطء بشبهة ، لأن السبب هو الوطء مع شبهة العقد ، وهو كالوطء بشبهة من غير عقد فلا تبتدىء العدة من وقت المشاركة أو من وقت الوفاة ، وذلك نظر له وجهته ، ولكنه غير المعمول به .

(٢) وقد أحصى بعض الفقهاء من تجب لها العدة في النكاح الصحيح فكان ثلاثاً هن (١) المدخول بها . (٢) المختل بها . (٣) المتوفى عنها زوجها ، سواء أحصل دخول أو خلوة أم لم يحصل شيء ، ويلاحظ أنه لا عدة في نكاح الذميين عند أبي حنيفة ، وعليها العدة عند الصاحبين .

الموت ، لكي يوصى لها بأكثر من ميراثها ، وإن كان ذلك ممنوعاً بمقتضى مذهب جمهور الفقهاء .

وقد قال الزيدية إن العدة لا تبتدىء إلا من وقت إعلامها بالطلاق ، ولو أقام بينة عليه قبلها ، لأن العدة واجبة عليها . ولا يكون وجوب إلا بالإعلام ، والظاهرية كما قلنا لا يوقعون الطلاق ذاته من غير إعلان .

٣١١- أنواع العدة ؛ والعدة من الفرقة في النكاح الصحيح ثلاثة

أنواع :

عدة بوضع الحمل ، وعدة بالإقراء ، وعدة بالأشهر .

فالعدة بوضع الحمل تكون لمن حصّلت الفرقة بينها وبين زوجها ، وهي حامل سواء أكانت الفرقة بينهما بوفاة أم بغيرها ؛ لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وهذا النص عام يشمل المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين ، كما يشمل المعتدات من وفاة الزوج (١) ولو لم يمض على الفراق إلا ساعة واحدة ، أو فلكة مغزل كما ورد في بعض الآثار .

وقد روى عن الإمام محمد في الأصل أنه قال لو ولدت والميت على سريره لم يدفن - جاز لها أن تزوج .

وشرط الولادة التي تنهى العدة أن يكون ما وضعته قد استبان خلقه ، أو بعض خلقه ، فإن لم يستبين بأن أسقطت علقه أو مضغة - لم تنقض العدة ؛ لأنه إذا لم يستبين شيء من خلقه لا يعلم كونه حملاً ، بل يحتمل أن يكون حملاً ، ويحتمل أن يكون قطعة دم في رحمها ، والعدة لا تنتهى بالشك ، لأنها ثابتة من قبل يقين ، والشك لا يزيل اليقين .

وبنزول أكثر الولد المستبين بعض خلقه تنهى العدة ، لأن للأكثر حكم الكل ، ولذا كان المذهب الحنفى ، أنه لو نزل أكثره حياً ورث ؛ ولقد بنوا على ذلك أن المعتدة إن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، وراجعها زوجها

(١) روى عن علي بن أبي طالب وابن عباس أن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل تكون بأبعد الأجلين ، وضع الحمل ، أو أربعة أشهر وعشرة أيام .

بعد نزول أكثره ، وقبل تمام الوضع لا تصح الرجعة ؛ لأنها تكون بعد أن بانّت .

٣١٢- العدة بالآقراء : العدة بالآقراء تكون لمن وقعت بينها وبين

زوجها الفرقة بغير الوفاة ، لقوله تعالى ، « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » والآقراء في مذهب أبى حنيفة وأحمد هي الحيضات ، وفي مذهب مالك والشافعي هي الأطهار التي تكون بين الحيضات ، والأصل في ذلك أن لفظ القراء مشترك ، فهو يدل على الطهر ، وعلى الحيض ، ويحتملها في الآية ، وقد اختلف الصحابة في المراد منه ، فبعضهم قال إنه الحيض ، وبعضهم قال إنه الطهر ، وقد اختار أبو حنيفة وأصحابه أنه الحيض في الآية . لأنه الأنسب لمعنى العدة ودلالاتها على براءة الرحم ، ولقوله سبحانه بعد ذكر القروء « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » ولأن النبي أطلق القراء وأراد منه الحيض في قوله عليه الصلاة والسلام للحائض : « دعى الصلاة أيام أقرائك » ، ولأن الحيض أمر حسي مادي يمكن جعله علامة على مضي الأجل أو بعضه . والعدة بالقروء تكون على ذلك للآتي يرين الحيض فعلا ، فلا تكون للصغيرة التي لم تر الحيض ، أو الكبيرة التي بلغت السن . لم تر الحيض قط ، وتكون للآيسة التي انقطع حيضها ، وبلغت سن اليأس .

ومقدار العدة بالحيض هي ثلاث حيضات كاملات ، فلا تحتسب بعض الحيضة حيضة ، ولذلك لو طلقها في أثناء الحيض ، وكان الطلاق يدعياً ، لا تنتهي عدتها إلا بعد ثلاث حيضات كوامل ، غير جزء الحيضة التي حصل فيها الطلاق .

٣١٣- العدة بالأشهر : وهي قسمان أشهر قائمة مقام القروء ، وأشهر

تثبت بالأصل ، وليست بدلا عن القروء ، أما العدة بالأشهر القائمة مقام القروء فتكون للآتي لا يرين الحيض ، وتكون الفرقة بينهما وبين أزواجهن بغير الوفاة ، وهؤلاء هن اللآئي لم يرين الحيض قط ، واللآئي يثن من الحيض أى بلغن سن اليأس ، ولا يرين الدم ، وذلك لقوله تعالى : « واللآئي يثن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللآئي لم يحضن »

وكانت ثلاثة الأشهر بمقتضى النص قائمة مقام ثلاث حيضات ، لأن الغالب بين النساء السليمات في أجسامهن أن يحضن كل شهر مرة ، فثلاثة الأشهر تشتمل لا محالة على ثلاث حيضات ، أو مقدارها ، وأحكام الشرع كأحكام القوانين عامة تبنى على الغالب من أمر الناس ، والآيسة هي من بلغت خمساً وخمسين سنة .

وقال بعض الفقهاء إن مثل هؤلاء من رأت الدم ، واستمر نزوله - وتسمى المستحاضة - وإن لم تكن تعلم أوقات حيضها من الشهر ، بأن كانت في العشر الأولى : أو الثانية ، أو الثالثة وهكذا ، فإن كانت تعلم أيام عادتھا ، كانت عدتها بالحيض ، وإن كانت لا تعلم أو لم تكن لها عادة منتظمة ، فإن عدتها تكون بثلاثة أشهر ، لأن تلك هي ثلاث حيضات عادة .

وقد قال فريق آخر من الفقهاء إن هذه تكون عدتها بسبعة أشهر ، ويرجح ذلك بعض المتأخرين . احتياطاً لأمر العدة والنسب ، ووجه احتساب سبعة الأشهر أن يحتسب أكثر مدة الحيض ، وهي عشرة أيام فثلاث حيضات يثلاثين يوماً ، وتحتسب أربعة أمثال أقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً ، وعلى ذلك يكون ثلاثة الأطهار بستة أشهر ، لأن كل طهر شهران .

والأول أظهر ، وإن كان الثاني عند فقهاء الحنفية أرجح !

٣١٤ - والعدة بالأشهر الثابتة أصلاً من غير بدل عن غيرها هي عدة الوفاة إن لم تكن حاملاً ، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً »

وقد ردت العدة بهذه المدة ، لأن الشارع فرض أن هذه المدة أقصى ما تتحمله المرأة في البعد عن الرجال ، ولذا من حلف على زوجة ألا يقربها أربعة أشهر تطلق عليه بعدها ، أو يئىء ، ولأن هذه المدة يظهر فيها لا محالة الحمل إن كانت حاملاً ، إذ الحمل يظهر واضحاً جلياً في ابتداء الشهر الخامس ، ولقد قال في ذلك الكاساني في البدائع : « إن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين يوماً علقه ، ثم أربعين يوماً مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح في العشر التالية فأمرت بالتربص هذه المدة ليستبين الحمل ، إن كان بها حبل » .

وتقدير العدة في هذه الحال ، وفي الحال السابقة يكون بالأشهر القمرية ، إن صادف ابتداء العدة أو الشهر ، وقد يكون الشهر ثلاثين أو تسعة وعشرين وإن كان ابتداء العدة في بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام ، أى يعد لكل شهر ثلاثون يوما ، وذلك للاحتياط ، إذ لو اعتبرت بالأشهر لنقصت ، ولأنه لما صادف ابتداء العدة بعض الشهر ، لا يمكن احتساب الشهر الأول بالهلال بيقين ، بل يعد بالأيام ، فيلغى اعتبار التقدير بالأهلة ، لأنه لا يقدر في الأمر الواحد بتقديرين مختلفين .

وقال محمد ، وأبو يوسف في قوله الأخير ، إن الشهر الأول يكمل بالأيام من الشهر الأخير . والباقي بالأهلة لأن التقدير بنص القرآن بالأشهر ولا يلغى اعتبارها إلا للضرورة وهي تقدر بقدرها ، فتقدر في الشهر الأول ، ويكمل من الأخير .

٣١٥ - انتقال العدة : من تقدير إلى تقدير ، قد تبدى المعتدة العدة بنوع من أنواعها ، كان هو المتفق مع حالها وقت ابتدائها ، ثم يعرض أن تتغير حالها فيتغير نوع عدتها ، ويتغير تبعاً لذلك تقديرها .
وتغير العدة من نوع إلى نوع قسمان (أحدهما) انتقالها من الأشهر إلى الحيض ، (والثانية) انتقالها من الحيض إلى الأشهر .

أما القسم الأول : وهو تحولها من الأشهر إلى الحيض فيكون في حالتين :
(إحداهما) من كانت عدتها بثلاثة أشهر ، لأنها لم تر الدم أصلاً ، إما لصغرها أو لبلوغها بالسن وعدم رؤيتها للحيض ، وهذه تعتد بالأشهر ، فإذا رأت الدم قبل أن تنقضي الأشهر الثلاثة فإنها تستأنف العدة من جديد ، وتعتد بالحيض ، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر ولم يبق إلا القليل وذلك لأن العدة بالأشهر كانت بدلا عن الحيض ، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البدل .

(والثانية) حال اللأى يئسن من الحيض ، فابتدأت عدتها بالأشهر ، ثم رأت الدم في أثناء العدة ، فإنها تستأنف عدتها من جديد بالحيض ، ويلغى اعتبار الزمن السابق ، لأن العدة بالأشهر كانت بدلا من الاعتداد بالحيض

وقد وجد الأصل ، ومن جهة أخرى قد تبين أن تقدير اليأس لم يكن صحيحاً إذا ظهر الدم (١) .

أما القسم الثاني من انتقال العدة ، فهو انتقالها من الأقراء إلى الأشهر ، وتلك تكون في حالين أيضاً .

(إحداهما) حال المطلقة إذا توفى زوجها في أثناء العدة ، فإنها إن كانت مطلقة طلاقاً رجعيّاً ، وكانت غير حامل ، فإنها تبتدىء عدتها بالأقراء . فإذا مات زوجها تحولت إلى عدة الوفاة ، سواء أكان طلاقها في حال مرض الموت ، أم لم يكن ، وتستأنفها من جديد لأن المطلقة طلاقاً رجعيّاً تعتبر زوجة وينطبق عليها قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » إذ الطلاق الرجعى لا ينهى الزواج في الحال بل بعد انتهاء العدة ، وقد اعتبرت في كل الأحكام زوجة ، بدليل أنها ترث من زوجها إذا مات وهي في العدة .

أما إذا كان الطلاق بائناً فإنها لا تتحول عدتها ، إذا لم يعتبر فاراً بطلاقها فإن عدتها تستمر بالأقراء ، أو بثلاثة الأشهر التي تقوم مقام الأقراء .

وإن اعتبر زوجها فاراً ، ومات في عدتها ، وورثت ، تعتد بأبعد الأجلين عدة الوفاة أو الأقراء . أى أنها لكي تعتد عدة وفاة ، لابد أن تكون فيها نهاية ثلاثة الأقراء ، فإن لم تنته فيها امتدت بعدها ، وذلك لأن الطلاق لما

(١) جاء في البدائع أن ذلك هو تخريج أبي الحسن السرخسي ، وقد قال فيه القدوري « إن ما ذكره أبو الحسن هو ظاهر الرواية ، إذ لم يقدرُوا لليأس تقديراً بل هو أن يكون على غالب ظنها أنها آيسة ، لأنها لما رأت الدم دلت على أنها لم تكن آيسة وأنها أخطأت في الظن فلا تعتد بالأشهر بعد علمها . وأما على الرواية التي وقتوا فيها للإياس وقتاً ، إذا بلغت ذلك الوقت ، ثم رأت بعده الدم لم يكن ذلك الدم حيضاً كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها ، وكذلك ذكر الجصاص « أن ذلك الوقت الذي ظنت أنها آيسة ، وأما الآيسة ببلوغها سن الإياس فلا ترى من الدم لا يكون حيضاً » .

وخلاصة الموضوع أن الآيسة في ظاهر الرواية من يغلب على ظنها عدم نزول الحيض في المستقبل من غير تقدير سن ، وهذه إذا اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم تنتقل إلى الأقراء . وأن غير ظاهر الرواية يجعل لليأس سناً هو الخامسة والخمسون سنة . وما تراه من الدم بعده لا يكون حيضاً فلا تتغير العدة برؤيته .

كان بائناً ، فقد مات عنها والزوجية ليست قائمة ، وذلك يقتضى أن تكون عدتها بالأقراء فقط من غير نظر إلى غيرها ، ولكن لأنها ورثت وجب اعتبار الزوجية قائمة ، إذ هي سبب الميراث ، فكان من العمل بالاعتبارين جعل عدتها بأبعد الأجلين .

هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف تعتد عدة الطلاق فقط ، ولا تتحول إلى وفاة ، ولا تعتد بأبعد الأجلين ، لأن الزوجية قد انقطعت . وثبوت الميراث كان للضرورة ، ليرد عليه قصده الحرمان من الميراث ، فاعتبار الزوجية قائمة لأجل الميراث ضرورة ، لا يقتضى اعتبارها قائمة بالنسبة للعدة .

(الحال الثانية) المعتدة من طلاق إذا اعتدت بالأقراء ، ثم لم تر الدم ، فإنها إن يئست من الحيض بأن بلغت سن اليأس تستأنف للعدة من جديد ، وتعتد بالأشهر ، وذلك لأنه لما تعذر الاعتداد بالأصل ، أو صارت في حال يأس ، وبلغت سن اليأس ، فإنها تعتد بما يقوم مقام الأقراء ، وهو الأشهر .

٣١٦- وكان بمقتضى القاعدة السابقة أن من لا ترى الحيض بعد رؤيته تستمر في العدة حتى تبلغ سن اليأس ، وتعتد بثلاثة أشهر ، فإذا انقطع حيضها في الثلاثين فإنها تنتظر معتدة إلى الخامسة والخمسين ، وأن ذلك بلاشك فيه إرهاباً لها ، وقطع السبيل عليها ، وإرهاقاً للزوج باستمرار الإنفاق عليها .

وفوق ذلك كان من لا دين له من المعتدات يكتمن ما خلق الله في أرحامهن فينكرن الحيض ، وهو لا يعلم إلا من جهتها ، ويأخذن النفقة مدعيات بقاء العدة ، فكان لابد من علاج لهذا الأمر يمنع الحرج عن الزوجة والارهاب عن الزوج ، إن كانت صادقة ، ويمنع الاستمرار في الكذب إن كانت كاذبة ، لذلك عالج ولي الأمر في مصر تلك الحال في قانون سنة ١٩٢٠ بالاعتباس من مذهب مالك رضي الله عنه ، وخلاصة ما جاء به أن المعتدة بالأقراء إن مضت عليها سنة بيضاء انتهت عدتها ، فإن رأت الدم في سنة لا تنتهي العدة بمرورها ، فإن مرت سنة بيضاء تالية انتهت عدتها ، فإن رأت الدم مرة فيها لا تنتهي عدتها ، حتى تجيء الثالثة ، فتنتهي العدة بمرور سنة

كاملة بيضاء . أو بالحیضة الثالثة ؛ وهذا كله إذا كانت المرأة في حال معتادة لا رضاع فيها فإن كانت في حال رضاع ؛ فإن مدة الرضاع لا تحتسب ؛ بل لا ينظر ذلك النظر إلا بعد انتهاء الرضاع (١) .

والأصل في ذلك ما روى عن عمر رضى الله عنه من أنه أفق فيمن تحيض مرة أو مرتين ثم ينقطع حيضها أنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن لم تر الدم فيها فإنها تعد بثلاثة أشهر ، وعلى ذلك إذا لم تر الدم في هذه الأشهر الثلاثة انتهت العدة فإن رآته انقضت العدة بالأشهر وتحولت إلى الحيض ، ولذلك تنهى بسنة بيضاء ، وإلا انتظرت الثانية وهكذا ...

كان هذا هو العلاج الأول ؛ ولكنه لم يقطع السبيل على الكاذبات ، ولم يمنع إرهاب الأزواج لأنها في حال الرضاع تستطيع استدرار النفقة بالكذب مدة خمس سنين ، سنتان للرضاع ، وثلاث بعدها ، وفي غير حال الرضاع تستطيع ابتزازها ثلاث سنوات كاملة بادعاء الحيض كل مرة في العامين الأولين ، وإنكاره في الثالث .

ولهذا اتجه ولى الأمر إلى علاج ثان ، وهو منع سماع دعوى النفقة للمعتدة لأكثر من سنة كاملة ، وبذلك جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وبني ذلك على ما لولى الأمر من الحق في تخصيص القضاء ، ولم يبنه على رأى فقهى ، لأن الآراء الفقهية عند جمهور الفقهاء كلها مبنية على أساس ألا ترى الدم في مدة العدة ، حتى الظاهرية الذين جعلوا عدتها ثلاثة أشهر عندما يغلب على الظن أنه لا يجيء الدم ، فرفضوا ذلك إذا لم تر الدم في مدة العدة ، والكاذبات اللاتي يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ليأخذن أكبر ما يمكن من

(١) هذا ما نصت عليه المادة الثالثة الملغاة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهذا نصها :

« من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض ، فإن ادعت أنها رأت الدم في أثناءها ، أغرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى أو يمضي عليها سنة بيضاء ، وفي الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها ، وإن لم تره تنقض عدتها بانتهاء السنة ، فإن كانت مرضعاً وحاضت في أثناء الرضاع - اعتدت بالأقراء ، وإن تأخر حيضها مدة الرضاع كان الحكم في تأخر حيضها هو ما تقدم . وفي الحاليين لا تسمع دعواها أن لها عادة الحيض لأكثر من سنة .

للنفقة يدعين رؤية الدم في العدة مرة ، أو مرتين ليقطعن السبيل إلى إنهاء العدة سريعاً .

ولقد جاء في المذكرة التفسيرية الى صحبت القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنها بنت هذا التقدير على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى من أن أقصى مدة الحمل سنة ، وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها الزوير والاحتيال ، فوضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ .

ويلاحظ أن السنة هنا شمسية ، وقدرت بخمسة وستين وثلاثمائة يوم .

ويلاحظ أن ذلك التقدير كان بالنسبة للنسب ، كما كان بالنسبة للنفقة ، فلا تسمع دعوى النسب لولد المعتدة إذا أتت به بأكثر من ٣٦٥ يوماً بل تمنع بناء على تقدير الطبيب الشرعى سواء أكانت معتدة من طلاق أم كانت معتدة من وفاة ، وهذا يخالف مذهب الحنفية الذى يسمع دعوى النسب لمدة سنتين كما سنبين إن شاء الله تعالى .

٣١٧- ويلاحظ كما قلنا أن تقدير عدة المطلقة بأن أقصاها سنة إنما يكون ذلك من أحكام القضاء عند النزاع فى نفقة ، أو ثبوت نسب ، وأثره فى منع سماع الدعوى ، لا فى الحكم بانتهاء العدة أو بقاءها ، وبالنسبة لحل تزوجها بزواج آخر ، فإن الأمر فى ذلك ترك إلى دينها مع ملاحظة أقل المدة التى يصدق فيها قولها بانتهاء العدة . فلا تصدق إذا ادعت انتهاء العدة ، ولم تمض هذه المدة .

٣١٨- الطريق لمعرفة انقضاء العدة : إذا كانت المعتدة حاملا ، فإن

عدتها تنتهى بوضع الحمل ، وسواء أكان سبب العدة الوفاة أم غيرها ، وإذا كانت غير حامل وكانت العدة عدة وفاة فلإنها تنتهى بانتهاء أربعة الأشهر وعشرة الأيام ، وإن كانت معتدة من طلاق ، وتعتد بالأشهر فتنتهى بانتهاء الثلاثة الأشهر .

أما إن كانت تعتد بالأقراء فإن معرفة انتهاء العدة يكون لإخبارها فى مدة محتمل انقضاء العدة ، واختلف فى أقل ما تصدق به المعتدة بالأقراء فقال أبو حنيفة إن أقل ما تصدق به هو ستون يوماً ، لأنه يقدر أنه طلقها فى أول

الطهر وأقل الطهر خمسة عشر يوماً ، ثم ثلاث الحيضات يقدر لها متوسط الحيض وهو خمسة أيام يتخللها ثلاثة أطهار يقدر كل طهر بأقل الطهر ، فيكون ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً ، وخمسة عشر يوماً للحيضات الثلاث ، فيكون المجموع ستين يوماً .

وقال الصحابان : أقل المدة للمعتدة بالأقراء تسعة وثلاثون يوماً ، بأن يقدر أنه طلقها في آخر الطهر ، ويقدر أقل مدة للحيض ، وهي ثلاثة أيام وأقل مدة للطهر ، وهي خمسة عشر يوماً . فثلاث حيضات بتسعة أيام يتخللها طهران بثلاثين ، فيكون المجموع تسعة وثلاثين يوماً .

٣١٩- إن العدة كانت لإنهاء آثار النكاح السابق فتتعلق بها حقوق وأحكام منها :

(أ) ثبوت النسب في العدة ، فإذا أتت بولد في أثناء العدة ، ثبت نسبه من الزوج السابق ، ولكن لا تسمع الدعوى به بمقتضى قانون سنة ١٩٢٩ إذا أتت به لأكثر من ٣٦٥ يوماً إلا إذا ادعاه الزوج ، فإن الدعوى تسمع على أساس هذه الدعوى ، لا على أساس فرائض الزوجية .

(ب) ميراثها ، إذا توفي أحد الزوجين في أثناءها إذا كان الطلاق رجعياً ، وأما إذا كان الطلاق بائناً ، فإنه لا يرث الحى إلا إذا اعتبر الميت بإحدائه الفرقة فأرأ من الميراث ، كأن تفسخ الزواج في مرض موتها ، وتموت في العدة .

(ج) ولا يصح أن يتزوج محرماً لها ، وهي في العدة ، كما لا يصح أن يتزوج خامسة ، وهي في العدة كذلك .

(د) ولزوم المعتدة من طلاق ، بيت الزوجية ، ولا تخرج منه ، لقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » فسمى سبحانه وتعالى خروجهن من بيت الزوجية فاحشة مبينة ، ولكن ذلك إذا كانت المعتدة من فرقة في الحياة تعند من زواج صحيح ، أما إذا كانت تعند من دخول في عقد فاسد ، فإنها تخرج من بيته ، إذ لم يكن له عليها حق طاعة ، ولا أى حق من حقوق الزواج الصحيح ، والقرار في البيت من آثار حق الطاعة في الزواج الصحيح .

(هـ) الحداد على الزواج الصحيح السابق ، ألا تزين ، وذلك في العدة من وفاة بالإجماع ، وفي العدة من طلاق بائن عند الحنفية خلافاً للشافعية .
(و) عدم تحللها لزواج أجنبي على ما هو مبين في المحرمات ، وعدم جواز خطبتها تعريضاً لا تبريحاً ، وإن كانت معتدة من وفاة على ما تقدم في الخطبة .

وأما المطلق ، فإنها تحل له إذا لم يكن الطلاق مكملًا للثلاث ، ولم يكن ما يوجب التحريم ، بل إنه إن كان الطلاق رجعيًا تحل له المراجعة من غير عقد ، وإن طلقها بعد المراجعة تستأنف عدة جديدة ، سواء أدخل بها أم لم يدخل ، لأن الزواج لم ينته بالطلاق الرجعي الأول ، فإذا راجعها فقد استدام النكاح ، فإن طلقها بعد ذلك فإنها تبتدىء عدة جديدة ، لأن ذلك كان طلاقاً بعد دخول في زواج واحد ، والعدة مستندة إلى الطلاق الثاني ، لا الطلاق الأول ، فتبتدىء من وقته .

وإذا كان الطلاق بائناً وتزوجها ثم طلقها بعد الدخول فيه استأنفت عدة جديدة ووجب لها مهر كامل غير المهر الأول ، وإن كان الطلاق قبل الدخول فقد اختلف أئمة المذهب الحنفي ، فقال زفر لا عدة عليها ، ولها نصف المهر لأن الطلاق الأول قد زال أثره من حيث العدة بالزواج بعده ، فإذا طلقها ثانياً قبل الدخول في هذا الزواج الثاني ، فإنه لا تثبت عدة ، إذ لا سبب يوجبها ، وهذا نظر فاسد ، يؤدي إلى التحايل ، لإبطال العدة وهي حق الشارع والولد ، وتستبعد صحة نسبته إلى زفر .

وقال محمد يجب نصف المهر ، وتكمل العدة الأولى ، أما وجوب نصف المهر فلأن الطلاق الثاني كان قبل الدخول الذي انتهى به ، فلم يوجد ما يؤكد المهر كله ، فسقط نصفه ، وأما تتميم العدة الأولى فلأنها تثبت بالطلاق الأول ، وقد كان بعد الدخول ، والزواج الثاني لم يبلغها بالذمة للغير ، لأنها حق الله وحق الولد لبراءة الرحم ، وجاز زواجه منها ، لأنه لا منافاة بين هذه الحقوق ، وبين زواج المطلق منها ، فإن طلقها ثانياً قبل الدخول بقي حق الله وحق الولد ثابتين فيكملها .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجب لها مهر كامل ، وتستأنف عدة

جديدة ، وذلك لأنه لما تزوجها في أثناء العدة ، والزواج الأول لم ينته من كل وجه ، كان الزواج الثاني استمراراً للزواج الأول ، إذ يكون كالرجعة في الطلاق الرجعي ، والطلاق بعد الرجعة من غير الدخول يوجب عدة جديدة ، فكذلك هذا ، ثم لما كان الزواج الثاني استمراراً للزواج الأول ، اعتبر الدخول في الأول دخولا فيه ، فوجب لذلك مهر كامل ، والقول الراجح في المذهب هو قول الشيخين هذا ، والقول الراجح في الدليل عندى قول محمد ، وأما القول المنسوب لزفر فهو قياس فاسد يخلل ما حرم الله ونسبته إليه .

٣٢٠- نفقة المعتدة : تجب نفقة المعتدة إذا كانت الفرقة من زواج

صحيح ، وكانت الفرقة بطلاق من الزوج أو من القاضى بسبب كان من قبل الزوج ، أو كانت الفرقة فسخاً . وكان الفسخ من قبل الزوج ، أو كان من قبل الزوجة ، ولكن بسبب لا معصية فيه ، كاختيارها نفسها بخيار الإفاقة بعد الدخول بها ، ففي هذه الأحوال تجب النفقة .

ولا تجب النفقة في ثلاث أحوال من العدة :

(الحالة الأولى) إذا كانت من دخول في عقد فاسد ، أو من وطء بشبهة ، لأن النفقة غير واجبة في هذا العقد ، فلا تجب في آثاره .

(الحالة الثانية) إذا كانت العدة من وفاة - فإنه لا تجب النفقة للمعتدة ، لأن النفقة تجب على الزوج ، وقد مات ، فليس ثمة من تجب عليه تلك النفقة ، إذ الوارث لا خلافة له في ذلك الوجوب .

(الحالة الثالثة) إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة ، لأن الجريمة لا تثبت حقاً من الحقوق ، والزوجة قد انتهت بمعصيتها .

هذا ويلاحظ أن النفقة تجب من عدة الإيلاء ، واللعان ، وإياء الزوج الإسلام ، وارتداد الزوج وغير ذلك كله مما هو داخل في القسم الأول .

٣٢١- وجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعى موضع اتفاق ،

أما المعتدة من طلاق بائن أو ما في معناه ، فقد اتفقوا على أنها إن كانت حاملا فلها النفقة لقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ، حتى

يضعن حملهن » ، أما غير الحامل ، فقد قال الشافعي إنه ليس لها إلا السكنى لقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقال ابن أبي ليلى ليس لها السكنى ، ولا أى نوع من أنواع النفقة ، لأن وجوب النفقة بحق الزوجية ، وقد زالت ، ولأن النبي ﷺ لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة وقال لها : « لا نفقة لك ولا سكنى » وقد كانت مبنوتة .

ولكن الحنفية قالوا : إن عموم قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » يشمل المطلقات جميعاً ، سواء أكان الطلاق بائناً أم كان رجعيّاً ، فلا يخصص عام القرآن إلا بدليل قطعى ، ولم يوجد ذلك الدليل .

والمعمول به مذهب الحنفية ، ويلاحظ أن نفقة العدة كنفقة الزوجية تثبت ديناً بمجرد الامتناع مع الوجوب ، وإذا صارت ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء على حسب المعمول بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

القسم الرابع

حقوق الأولاد

٣٢٢ - حقوق الأولاد وهم ثمرة الزواج - تثبت من وقت الولادة ، وبعضها على الأب وحده : وبعضها عليهما ، وبعضها واجب على الوالدين وبعضها حق لهما .

وأول ما يثبت للأولاد من حقوق ، هو ثبوت النسب ، وهو حق للولد ، وللأب ، ثم يكون حق للتربية ، ويشترك في هذا الحق الثابت الأب بالإنفاق ، والأم بالرضاعة والحضانة عند تعيينها لها ، ثم إذا تجاوز الولد سن الحضانة ثبتت عليه الولاية على النفس منفردة . وتكون للعصبات .

وإذا كان له مال ، فلا بد أن يكون له من يدير أمواله ، ويحافظ عليها ، فكان لابد من الكلام في كل هذا ، ولنبدأ منها بالكلام في ثبوت الحقوق .

(أ) ثبوت النسب

٣٢٣ - قبل أن نبين أحوال ثبوت النسب نذكر قواعد ثلاثاً تبني عليها تلك الأحكام .

(أولاهما) أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، وذلك لأنه روى أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، من وقت زواجها ، فهم عمر رضى الله عنه بإقامة الحد عليها ، فقال له على رضى الله عنه ، ليس لك ذلك ، قال الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقال تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » فحولان وستة أشهر ، فخلى عمر رضى الله عنه سبيلها . ويروى أن الذى قال له ذلك هو ابن عباس ، وهذا رأى الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء .

وأما أقصى مدة الحمل فقد اختلف فيها ، فقال مالك خمس سنين ، وقال الشافعى أربع ، وهو رأى عند المالكية . ورأى الحنابلة ، وعن أحمد أن أقصى مدة الحمل سنتان وهو رأى الحنفية ، لما روى أن عائشة رضى الله عنها

قالت لا تزيد المرأة عن السنتين في الحمل ، وقال محمد بن الحكم إن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، وقال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ولا يزيد على ذلك .

والحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تكن على النصوص ، بل على ادعاء الوقوع في هذه المدد ، وإن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس ، ولا أربع ، ولا سنتين ، وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر ، وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة ، ورجح بعض الفقهاء المتقدمين ذلك . فقد قال ابن رشد : وهذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول ابن الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد .

ولقد كان العمل بمقتضى مذهب أبي حنيفة ، وهو اعتبار أقصى مدة الحمل سنتين ، ولكن جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعد أقصى مدة الحمل سنة شمسية (٣٦٥) بالنسبة لسماع دعوى نفقة العدة ، وسماع دعوى النسب كما تقرر ذلك بالنسبة لثبوت الإرث للحمل ، وثبوت الوصية له .

وهذا قريب من مذهب الحكم ، وليس هو النص ، لأن السنة عند ذلك الفقيه المالكي هلالية ، ولأن الأساس عنده ألا يثبت النسب ، إن جاء الولد بعدها ، لا ألا تسمع الدعوى فقط .

(القاعدة الثانية) أن السبب في ثبوت النسب الفاسد هو الدخول الحقيقي ، وإذا لم يثبت دخول حقيق لا يثبت النسب ، ومتى حصل دخول وجاء الولد بعده بستة أشهر فأكثر ، فإن النسب يثبت ولا يقبل النفي والمدة تبتدىء من وقت الدخول ، لا من العقد لأن سبب النسب هو الدخول مع الشبهة ، ومن فهم أنها تبتدىء من وقت العقد ، فقد رتب على عقد فاسد حقوقاً شرعية ، وإذا كانت معتدة من نكاح فاسد ، فإن نسب الولد يثبت منه إلى سنة شمسية ، وتسمع الدعوى في هذه المدة بمقتضى قانون سنة ١٩٢٩ ؛ ومثل ذلك الوطاء بشبهة من كل الوجوه .

أما العقد الصحيح فقد اتفق الفقهاء على أنه السبب في ثبوت نسب الولد الذى يولد في أثناء قيام الزوجية ، ولكنهم اختلفوا في اشتراط الدخول أو إمكان الدخول ، فقال أبو حنيفة إن العقد الصحيح وحده سبب في ثبوت

نسب الولد ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط ، فلو كانت هي في أقصى المغرب وهو في أقصى المشرق وتزوجا بالمراسلة ، ثم أتت بولد ، فإنه يثبت نسبه منه ولو لم يتلاقيا بعد العقد قط .

وقال أحمد في قول ، والشافعي ومالك ، إن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب ما تأتى به في أثناء قيام الزوجية أو العدة إذا كان الإدخول ممكناً ، فإذا ثبت أنه غير ممكن كالزواج بين المغربية والمشرقي كما ذكرنا ، فإن النسب لا يثبت . وكذلك إذا ثبت أنهما لم يتلاقيا قط ، ولم يكن في الإمكان تلاقيهما .

وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية أن النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي ، وقال ، إن أحمد رضي الله عنه أشار إليه في رواية حرب ، فإنه نص في روايته فيمن طلق امرأته قبل البناء وأتت بولد فأنكره ، فقد قال إنه ينتفى عنه بغير لعان (١) .

ولاشك أن أوسط هذه الأقوال هو أعدلها .

وقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، ولكن قانون سنة ١٩٢٩ اختار العمل بالمذهب الوسط تقريباً فنع عند الإنكار سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من وقت غيبة الزوج عنها ، والسنة هي أقصى مدة الحمل التي قررها ذلك القانون ، وهي سنة شمسية كما جاء فيه .

(القاعدة الثالثة) أن الزنى لا يثبت نسباً ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأن ثبوت النسب نعمة ، والجريمة

(١) وذلك لأن شرط اللعان أن يكون الرمي بنسب أو الرقي لا دليل عليهما ، وإتيانها بالولد قبل أن يبنى بها دليل زناها على هذه الرواية وقد رجح ذلك الرأي ابن القيم ، فقد قال بعد ذكر الأقوال الثلاثة في القول الثالث : « هذا هو الصحيح المجزوم به وإلا فكيف تصير المرأة فراشاً ، ولم يدخل بها الزوج ولم يبن بها إلا لمجرد مكان بعيد وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشاً قبل البناء بها ، وكيف تأتى الشريعة بالحقاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها . ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق » راجع زاد المعاد الجزء الرابع ص ١٦٦ .

لا تثبت النعمة ، بل يستحق صاحبها النعمة ، والزنى الذى لا يثبت نسباً هو الفعل الخالى من أى شبهة مسقط للحد ، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط ، فإن النسب يثبت على الراجع فى الحال الثانية ، وبالإجماع فى الأولى ، ولكن إذا ادعى شخص نسب ولد يولد مثله لمثله ، وكان مجهول النسب ثبت نسبه عند الحنفية ، بشرط ألا يذكر أنه ولده من الزنى فإن ذكر ذلك لا يثبت ، وإن أيهم يثبت النسب من كل الوجوه ، ويسمى ذلك ثبوت النسب بالدعوى .

وفى مذهب مالك أن ثبوت النسب بالدعوى لا يكفى فيه ألا يذكر أنه من زنى بل لابد ألا يعرف كذبه بقرينة . بأن يكون الولد مثلاً لقيطاً ، ولم يبين مدعى نسبه وجهاً معقولاً ، أو كانت أم هذا الغلام زوجة لغيره ، وإن لم يثبت نسبه من زوجها بأن نفاه ، أو يكون ذلك الغلام محمولاً من أرض ، ولم يعرف أن ذلك المدعى دخل هذه الأرض .

ولقد قال سحنون وابن القاسم وغيرهما « إذا علم أن الغلام لقيط لم يثبت فيه دعوى نسب لرجل إلا ببينة . بخلاف ما إذا ادعت نسبه امرأة ، فإن أشبه قال إنه يقبل قولها ، وإن ادعت أنه من الزنى ، لأن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت نسبه ممن رنى بها » (١) .

والعمل بالنسبة لهذه المسألة على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ولكن المفكرين الآن يميلون إلى الأخذ بمذهب مالك ، وقد ظهر الميل فى قانون الوقف الصادر سنة ١٩٤٦ ، فقد جاء فى المادة - ٢١ - منه « أن إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم إن دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار » .

وذلك بلا ريب اتجاه إلى المذهب المالكي ، وإنه قد آن الأوان للأخذ بذلك فى الميراث والوصايا والتحريم ، وسائر الأبواب التى تبني على ثبوت النسب ، لتكون الأحكام كلها على نسق واحد ، وإذا كان الأساس واحداً .
٣٢٤ - هذه هى القواعد التى تبني عليها أحكام الأحوال المختلفة فى ثبوت

النسب ، سواء أكان ذلك وقت قيام الزوجية أو في العدة منها ، أم كان بسبب الدخول مع الشبهة في عقد فاسد أو غيره .

فإذا كان سبب النسب دخولا بشبهة ، وأنت بالولد حياً لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول لا يثبت النسب ، لأنه ثبت يقيناً أنها كانت حاملاً به قبل الدخول فلا يثبت منه ، وإن أتت به بعد ذلك فإن النسب يثبت ، ولا يقبل النفي ولو باللعان ، لأن اللعان إنما يكون حيث تكون الزوجية الصحيحة قائمة ، لقوله تعالى في آية اللعان ، « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم » فاللعان خاص برمي الرجل زوجته ، والمعقود عليها في نكاح فاسد ، لا تسمى زوجة بحال من الأحوال .

والمعتدة من دخول بشبهة في عقد أو غير عقد حكما من حيث ثبوت النسب حكم المعتدة من طلاق في زواج صحيح ، وسنبين ذلك عند الكلام في ثبوت نسب ولد المعتدة .

٣٢٥- لا يثبت النسب إذا أتت بالولد حال قيام الزوجية لأقل من ستة أشهر ، إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من زنى ، ويثبت حال الزوجية الصحيحة إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج بثلاثة شروط .

الشرط الأول - أن يكون الزوج يتصور منه الحمل ، فإن كان صغيراً لا يتصور منه الحمل لا يثبت ، لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه ، وقد اتفق على ذلك الأئمة ، ولأن الشرط الأساسى لأى نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه ، ولا يكون ذلك إذا ولد المولود ، والزواج صغير .

الشرط الثانى - ألا ينفيه ، فإذا نفاه نفياً معتبراً ، فإن عليه أن يلاعن ، والنفي المعتبر ألا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد ، فإذا صدر عنه ما يدل على الإقرار الصريح أو الضمنى بالنسب ، فإن النفي بعد ذلك لا يعتبر ، لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك ، ومن الإقرار الضمنى إعداده معدات الولادة ، وقبوله التهنئة ونحو ذلك ، ومن الإقرار الصريح أن يقر بأن الحمل منه قبل ولادتها ، إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر ، لأن الإقرار في هذه الحال يكون وارداً على الولد الذى ولدته فلا يقبل نفيه بعد ذلك .

والخلاصة أنه لا يتم نفي الولد إلا بشرطين - أولهما - ألا يسبق منه إقرار به - وثانيهما - أن يلاعن ، وقد علمت اللعان وحقيقته آنفاً ، فإذا تم اللعان انتفى نسب الولد عنه في الأمور التي ليست حقاً لله سبحانه وتعالى . أما ما هو حق الله سبحانه وتعالى كأن يكون حراماً على من نفاه وأولاده ، فإن الحرمة تثبت مع هذا النفي احتياطاً لحق الله سبحانه وتعالى . وقد بينا ذلك في اللعان .

الشرط الثالث - ألا يثبت أنه لم يلاق زوجته مدة سنة ولدت فوراً ، أو يثبت أنه لم يلتق بها قط ، فإنه في هذه الحال لا تسمع دعوى النسب ، ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الزواج ، فإذا لم يلق زوجته قط ، وأتت بولد لأي مدة كانت أو التقت به ثم غاب عنها مدة سنة أتت بعدها بولد فإنه لا تسمع دعوى ذلك عند إنكاره .

وهذا الشرط لم يكن في الفقه الحنفي ، بل إنه مما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو لم ينف النسب إن لم يتحقق ذلك الشرط ، بل منع سماع الدعوى عند الإنكار فقط ، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون ما نصه .

« وبما أنه يجوز لولى الأمر أن يمنع قضاة من سماع بعض الدعاوى التي يشاع فيها التزوير والاحتيال ... » ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير ، ولذلك وضعت المادة ١٥ من هذا القانون .

ولقد كان يمكن أن ينبئ ذلك الرأي على مذهب مالك ، أو الرواية التي رواها حرب عن أحمد ، واختارها ابن تيمية ، ولا يثبت النسب مطلقاً فلا يكتفى بمنع سماع الدعوى ، وهذا بالنسبة للزوجة التي لم تلاق زوجها ، أما بالنسبة لمن غاب عنها سنة ، فإنه يؤخذ برأى محمد بن عبد الحكم مع التخريج على مذاهب الأئمة الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، الذين يشترطون إمكان الدخول لثبوت النسب .

٣٢٦ - ثبوت النسب حال العدة : إذا أتت المعتدة بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الزواج لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ، وعدم ثبوته من غير دعوى

لأن نزوله حياً قابلاً للحياة قبل ستة أشهر من الزواج يدل على أنها كانت حاملاً به قبل الزواج ، ولكن يصح ادعاؤه بدعوى ككل مجهول النسب بشرط ألا يصح بأنه من زنى ، كما هو مذهب أبى حنيفة . والحكم كذلك إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول في النكاح الفاسد أو الوطء بشبهة ، لثبوت أنها كانت حاملاً به قبل وجود النسب .

وإذا أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج فهذا يختلف الحكم باختلاف العدة .

فإن كانت معتدة من طلاق ، وهى من ذوات الأقراء فإن أقرت بانقضاء عدتها ولم تر حملاً ، جاءت بولد بعد ذلك ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، فإن النسب يثبت ، لثبوت كذبها في إقرارها بيقين . إذ تبين أنها وقت ذلك الإقرار كانت حاملاً بيقين ، فثبت نسب ما تأتى به ، وتكذب في إقرارها ، وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه ، لعدم القطع بكذبها . إذ الإقرار يؤخذ به ما لم يوجد دليل قاطع على الكذب ، ولم يقد ذلك الدليل (١) .

وإن كانت لم تقر بانقضاء عدتها ، فإن كان الطلاق بائناً ، فإن أتت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق لا يثبت نسبه ، لأن أقصى مدة الحمل سنتان ، فإذا أتت به لأكثر من المدة ، فهي لم تكن حاملاً به وقت الطلاق بيقين ، فلا يثبت النسب ، وإن أتت به لسنتين فأقل ثبت نسبه ، هذا مذهب أبى حنيفة .

والمعمول به الآن هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من وفاة أو طلاق . إن جاءت بالولد لأكثر من سنة شمسية (٣٦٥ يوماً) وبني ذلك على تقرير الأطباء أن الولد لا يمكن في بطن أمه أكثر من ٣٦٥ يوماً .

(١) ذكر في الدائع أن الشافعى قال ، إذا أقرت بانتهاء عدتها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسبه ما لم تزوج وما لم تنته المدة المقررة لأقصى الحمل حفظاً لحق العصى ، إذ إقرارها حجة عليها ولا يحس حق العصى .

وإذا كان الطلاق رجعياً . فما لم تقر بانقضاء عدتها ، فإنه يثبت النسب في أى زمن نجىء به ما لم تتحول عدتها إلى أشهر ، وتعتد بالأشهر ، وذلك مبنى على أن له أن يراجعها ، وأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، ويحتمل أنه راجعها والنسب يثبت عند الحنفية بهذا القدر من الاحتمال وبثبوتة تثبت الرجعة .

هذا مذهب الحنفية ، وقد علمت أن القانون ، لا يسوغ سماع دعوى النسب إذا أتت به لأكثر من (٣٦٥ يوما) من وقت الطلاق أياً كان نوعه . ومثل ذوات الأقراء في الحكم المعتدة بالأشهر الثلاثة إن كانت آيسة لأن حملها بعد ذلك دليل على أن عدتها بالأقراء ، وأن الحكم بأنها آيسة كان خطأ في التقدير .

أما إذا كانت لم تحض قط ، فإن ادعت حملاً في أثناء العدة ، فإن كان الطلاق بائناً ، فإنها تصدق إلى سنتين في مذهب أبى حنيفة بخلاف المعمول به كما ذكرنا .

وإن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب من غير مدة ، وتفرض المراجعة وقد علمت أن المعمول به غير ذلك .

وإن لم تدع حملاً ، ولم تقر بانقضاء عدتها ، فعند الطرفين لا يثبت النسب إلا إذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ، لأن عدتها بالأشهر الثلاثة وتنتهى بانتهائها . ما لم يثبت يقيناً أنها قبل انتهائها كانت حاملاً ولا يكون ذلك إلا إذا ولدت لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق .

وعند أبى يوسف يثبت إن أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، إن كان بائناً ، لأنها إذا كانت حاملاً قبل مضي مدة الحمل ، فقد تبين أنها كذات الأقراء ، وإن كان الطلاق رجعياً تصدق إذا أتت به لأقل من ٢٧ شهراً ، لأنه يحتمل أنه راجعها في أثناء العدة ، وحملت بأقصى مدة الحمل ، وهى سنتان ، ومثل هذا الاحتمال يكفى لثبوت النسب .

وإن كانت قد أقرت بانتهاء عدتها لمدة الأشهر الثلاثة ، فإنه لا يثبت النسب إلا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لتبين كذبها .

هذا كله إذا كانت المعتدة من طلاق . والمشاركة في النكاح الفاسد كالطلاق البائن في كل هذه الأحكام . وكذلك الوفاة إذا كانت الفرقة بالوفاة في النكاح الفاسد ، أما إذا كانت معتدة من وفاة في نكاح صحيح ، فإن ادعت حملاً ، فإنها تصدق إلى سنتين . على مذهب أبي حنيفة ، والمعمول به أنه لا تسمع الدعوى ، إذا جاءت بأكثر من ٣٦٥ يوماً على مقتضى قانون سنة ١٩٢٩ .

وإن لم تدع حملاً فإنها لا تطلق إلا إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة ، لأن العدة تنتهي بأربعة أشهر وعشرة أيام ما لم يثبت يقيناً أنها كانت حاملاً قبل انتهائها ؛ ولا يتبين ذلك إلا إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة كما علمت .

٣٢٧- وخلاصة القول بالنسبة لثبوت نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها أنها إذا كانت معتدة من طلاق أو وفاة ، فإنه لا تسمع دعوى ثبوت النسب عند إنكاره ، وإلا إذا كانت قد أتت به مدة ٣٦٥ يوماً من وقت الطلاق أو الوفاة .

وعلى ذلك إذا أقر المدعى عليه بثبوت النسب فإنه تسمع الدعوى ، ولو كانت لأكثر من ذلك .

ويثبت النسب من غير إقرار ما دامت الولادة في دائرة المدد المقررة في الفقه ، فيثبت النسب إذا كانت المدة المقررة في الفقه الحنفى دون السنة ، ويبطل ادعاؤه في أكثر منها ، وترفض الدعوى ، لا لمظنة التزوير ، بل لخالفه الأحكام الفقهية .

وإن كانت المطلقة لا عدة لها ، فلا يثبت نسب ما تأتى به ، إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، لأن ستة الأشهر أقل من مدة الحمل ، فإذا جاءت به حياً قابلاً للحياة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، فإن هذا يكون دليلاً على أنه كان في بطن أمه وقت الطلاق ، وأنها حملت به على فراش الزوجية الصحيحة فيثبت النسب ما لم يثبت بدليل قاطع أنه لم يلتق بها قط ، فإنه في هذه الحال لا تسمع الدعوى به عند الإنكار تطبيقاً للقانون .

هذا ويلاحظ أمران :

(أحدهما) أنه إذا ثبت أن الولد قد ولدته لأقل من ستة أشهر من الزواج فإنه لا يثبت نسبه إن كان من ولدته طلقت قبل الدخول ، كما لم يثبت في غيرها .

(ثانيهما) أن المعتدات إن أتين بولد ثبت أنه جاء بعد غيبة الزوج عنها سنة . فإنه لا تسمع الدعوى عند الإنكار بمقتضى قانون سنة ١٩١٩ .

٣٢٨ - إثبات الولادة والمولود : إذا اختلف الزوج مع زوجته في

الولادة أو المولود بأن ادعت الولادة في وقت معين ، وأنكر هو حدوثها أو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر فإنه يكتفى في إثبات ما ينكره الزوج بشهادة القابلة (١) وذلك لأنه روى أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة من غير اشتراط العدد ، ولأن الولادة حادثة لا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات ، ويتعذر أن يحضر رجال الولادة ويندر أن يحضرها نساء كثيرات .

ولو كان يقر بالولادة والمولود ، ولكن ينكر النسب فإنه يلاعن على ما بينا ما دامت الزوجية قائمة .

هذا إذا كانت الزوجية قائمة ، فإن كانت معتدة من طلاق أو وفاة وجاءت بولد فأنكر الزوج أو ورثته الولادة فإن لم يكن الزوج ، أو الورثة أقروا بالحبل ولم يكن ظاهراً لا مجال لإنكاره ، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة كاملة عند أبي حنيفة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن النكاح قد انقطع بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة ، فيكون القضاء بالولادة وهي أجنبية ، ودعوى ثبوت نسب أجنبي لا تثبت إلا بشهادة كاملة (٢) .

(١) الاكتفاء بخبر القابلة هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ووافقهم أحمد بن حنبل ، واشترط مالك وابن أبي ليلى شهادة امرأتين ، واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء ، ليكون نصاب الشهادة كاملاً .

(٢) يستفاد من هذا أنه لا فرق بين الممتدة من طلاق بائن أو وفاة ، وبين الممتدة من طلاق رجعي ، هذا ما صرح به قاضيخان ، وفخر الإسلام البزدوى ، وهناك تخريج آخر : وهو أن الخلاف بين الإمام والصاحبين إنما هو في الطلاق البائن دون الرجعي وعليه سار شمس الأئمة السرخسي ، فالممتدة من طلاق رجعي تكفى شهادة القابلة في ولادتها كحال قيام الزوجية تماماً .

وقال الصحابان تثبت الولادة بشهادة القابلة : وذلك لأن النكاح آثاره باقية في عدة الطلاق والوفاة ، ووقت الولادة لم تكن أجنبية ، فهي قد ولدته على فراش النكاح الصحيح فيكتفى بشهادة القابلة بحال قيام الزوجية .

وإن كان قد سبق إقرار بالحمل (١) أو كان الحمل ظاهراً لا سبيل لإنكاره ، فقد قال أبو حنيفة : القول قولها في الولادة من غير حاجة إلى شهادة قابلة ، بل يكتفى بيمينها .

وقال الصحابان يكفي إخبار القابلة على مقتضى مذهبهما دائماً .

وإن كان الاختلاف في المولود لا في الولادة فالانفاق بين الإمام والصحابين على أنه تكفي شهادة القابلة .

ولا سبيل لنفي النسب ، لأن اللعان لا يكون إلا حال قيام الزوجية . ولا يكون في العدة .

٣٢٩- ثبوت النسب بالدعوى : تكلمنا فيما مضى على إثبات النسب

في أثناء فراش الزوجية ، وفي العدة وفي النكاح الفاسد ، والوطء بشبهة وفي كل الصور السابقة كان ثمة سبب قد ارتبط بالنسب به ، وفي بعض هذه الصور كان النسب يثبت من تلقاء نفسه ، وفي بعضها لا يقبل النفي ، ولا الإنكار إذا استوفى الشروط ، وفي بعضها كان لا يقبل النفي إلا بطريق اللعان .

وأحياناً يثبت النسب بالإقرار وحده من غير أن يقرن به ما بين وجهه ، لأنه إن بين الوجه كان ذلك هو السبب دون الإقرار المجرد ، ويسمى ثبوت النسب بالدعوى .

والإقرار بالنسب قسمان ، إقرار فيه تحميل النسب على الغير ، وإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير ، والإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على

(١) إذا أقر الورثة بالنسب تثبت الورثة بيقين ، إنما هل يثبت النسب ؟ قالوا إن النسب بالنسبة الورثة يثبت قطعاً ، وقال بعضهم إن إقرارهم شهادة ، فإذا استوفوا نصابها وشروطها ثبت النسب على الكافة ، وإلا فعل المقر فقط ، وقال بعضهم ما يثبت بالإقرار فقط ، فهو حجة على المقر فقط ، ولا يعتبر شهادة ولو استوفوا نصابها .

غيره هو الإقرار بالأبوة المباشرة ، أو بالبنة المباشرة ، فإقرار شخص بأن فلانا ابنه من ضلبي إقرار ليس فيه تحميل النسب على غيره ، وكذلك إقراره بأن فلانا أبوه ، أما الإقرار الذي يكون فيه تحميل النسب على غيره فيكون بما عدا ذلك ، فإقرار شخص بأن هذا ابن ابنه فيه تحميل النسب على ابنه ، لأنه لا يثبت النسب له إلا بعد ثبوته لابنه ، وكذلك الإقرار بالأخوة ، لأنه لا تثبت أخوة المقر له إلا إذا ثبت لأبي المقر ... وهكذا .

والإقرار الذي يكون سبباً لثبوت النسب هو الإقرار الذي لا يكون فيه النسب على غيره ، وهو الإقرار بالبنة المباشرة ، أو الأبوة المباشرة .

فإذا أقر الرجل بأن فلاناً ابنه كان ابنه من كل الوجوه بشرط :

(١) أن يولد مثله ، بأن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له ابناً له .

(٢) وأن يكون المقر له مجهول النسب ، لأنه إن كان معلوم النسب لا يصادف الإقرار محلاً للتصديق ، فيكذب ، ولأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين ، بل لابد أن يتفق أحدهما ، ولا يكفي مجرد الإقرار لنسب الآخر .

(٣) وألا يذكر أنه ولده من زنى لأن الزنى لا يصلح سبباً للنسب كما قررنا من قبل ، لقوله ﷺ : (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، ولأن نعمة النسب لا تثبت بمجرعة الزنى .

(٤) وأن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزاً ولا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز ، لأنه لا عبارة له ، بل كلامه لغو لا يلتفت إليه (١) .

(١) إذا كان الولد المقر بنسبه أم مشهورة بأنها أمه وهي حرة مسلمة وادعت أنها زوجة المقر ، ولم يكن من المقر في حياته ما يكذبها فقد قال في البدائع إنها ترثه استحساناً كما جاء في النواذر والقياس ألا ترث ، وجه الاستحسان أن سبب الاستحقاق للإرث في حقها يثبت بنسب الولد وهو بسبب النكاح الصحيح لأن المرأة إذا كانت معروفة بأنها أم لولد فالأصل في ثبوت نسبه أن يكون بفراش والأصل في الفراش هو النكاح الصحيح ، فكانت دعوى النسب إقراراً منه بأنه نكاح صحيح ، وإذا لم تكن معروفة بأنها أمه فلا ترث إلا بمجة . « البدائع ج ٣ ص ٢١٨ »

ومثل الإقرار بالأبوة بالإقرار بالأمومة أى بكونها أم الطفل ، فإنه يشترط ألا يكون الولد ذا أم معروفة ، وأن يولد مثله لمثلها ، وأن يصدقها إن كان أهلاً للتصديق بأن كان مميزاً . ويبطل الإقرار إذا ذكرت أنه ابنها من الزنى ، لأن ولد الزنى لا يثبت نسبه من أمه بالإقرار. المحرّد بالولادة ، ويثبت نسبه من الزنى إن ثبتت ولادتها له .

وإذا كانت المرأة المقرّة بالنسب ذات زوج أو معتدة من زواج فلا بد أن يصادقها الرجل لكى يثبت نسبه منه فإن لم يصادقها ، وأثبتت الولادة على فراش الزوجية وأنه هو هذا الولد بشهادة القابلة ، فإنه يثبت منه أيضاً ، إلا إذا نفاه ، وإن ادعت أنها ولدته في العدة وأثبتت الولد بالبيئة الكاملة على رأى أى حنيفة ثبت النسب لما ذكرنا . وقد خالف الصاحبان كما بينا ، فاكْتَفِياً في هذا بشهادة القابلة .

٣٣٠- والولد الذى يثبت نسبه من شخص بالدعوى يكون ولداً حقيقياً ، ولا يكون متبنياً ، ولذا تجب له كل حقوق الولد الحقيقى من كل الوجوه . وليس معنى ذلك الاعتراف بنظام التبنى ، لأن الفرق بين التبنى وثبوت النسب بالدعوى واضح ، فإن النسب الذى يثبت بالدعوى يكون لإقراراً بنسب حقيقى ، وإن لم يذكر طريقه وسببه ، ولو جاء على لسانه أنه يتبناه ولا يقصد البتة الحقيقية — لا يثبت النسب ، أما التبنى فهو أن يذكر أنه يلحقه به . وإن لم يكن له ابناً حقيقياً ، وهذا الإلحاق باطل .

وقبل ترك الكلام فى دعوى النسب نذكر ثلاثة أمور :

« أحدها » أن الإقرار بالأبوة كالإقرار بالبنوة لا بد فيه من أربعة شروط أيضاً ، وهى أن يولد مثله ، وألا يقول إنه أبوه من زنى بأمه ، وأن يصدق الأب ، وأن يكون الولد مجهول النسب .

ويظهر أن الإقرار بالأمومة كالإقرار بالأبوة ويشترط فى الإقرار ألا يذكر أنه من الزنى ، وهذا بخلاف ما إذا ثبت ولادتها له بالفعل فإنه يثبت النسب لما سبق من أن ولد الزنى ينسب إلى أمه .

« ثانياً » الإقرار بالنسب المباشر الذى ليس فيه تحميل النسب على غيره يصح ، ولو كان فيه تهمة المحاباة لوارث ، وليس كالوصية ، فإنها لا تنفذ إلا

بإجازة الورثة ، على ما هو مقرر في الفقه الحنفى ، بخلاف ما جاء في قانون الوصية .

وذلك لأن الإقرار بالنسب ليس فيه المحاباة لوارث ولكن فيه اعتراف بأمر لا يعرف إلا من جهته ، فكان أحق الناس بالتصديق فيه ، ولو كان في ذلك زيادة وارث لم يكن معروفاً قبل المرض ، وقد يؤدى ذلك الإقرار إلى حجب الورثة الذين كانوا يرثون لولا الإقرار ولا يمنع ذلك من صحة الإقرار بحال من الأحوال .

« ثالثاً » أن المذهب الحنفى المعمول به يثبت النسب بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب ، ولو كانت الظواهر تكذبه ، وقد بينا في أثناء بيان القواعد العامة أن مذهب مالك يوجب على المقر أن يبين وجه ثبوت النسب إذا كانت ظواهر الحال تناقض الإقرار كأن يكون المقر بنسبه لقيطا ، أو يكون من مهاجرى بلد آخر لم ينزل ذلك المقر فيه ، وإنك لترى أن أكثر الإقرارات بالنسب ظواهر الحال لا يتفق معها .

ولذا نرى وجوب الأخذ بمذهب مالك ، فإنه أحوط للأنسب وللحقوق وأنسب لمصر ؛ لأنه أقرب المذاهب الفقهية إلى ما عليه أكثر الطوائف غير المسلمة بها ، وقانون الميراث المبني على النسب مطبق على الجميع ، وقد أنجبه القانون المصرى إلى ذلك في قانون الوقف ، فلم يجز تعدى الإقرار بالنسب إلى الموقوف عليهم ، متى دلت القرائن على أنه منهم في هذا الإقرار .

وهذا يقتضى لا محالة أن يكون الأمر كذلك في الميراث والوصية وغيرها مما يكون للنسب شأن فيها والله أعلم .

٣٣١ - هذا إذا كان الإقرار بالنسب ليس فيه تحميل النسب على الغير ، أما إذا كان الإقرار فيه تحميل النسب على غيره ، كأن يقر لشخص بأنه أخوه ، أو عمه ، فإن الأخوة والعمومة لا تثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبى المقر أو لجدّه ، وهكذا - ففي هذه الحال يؤخذ المقر بإقراره ولا يثبت نسب المقر له من الأب أو الجد وسائر من يحمله الإقرار نسبه ، ويترتب على أخذ المقر بإقراره ما يأتى :

(١) أنه يشاركه نصيبه في الميراث ، فإذا أقر شخص بأن محمداً أخوه لأبيه ولم يصدقه أبوه ولا سائر إخوته فإذا مات الأب فإن المقر له يأخذ نصف حصّة المقر إن كان ذكراً ، وثلاثة إن كان أنثى ، ويأخذ باقي الأولاد أنصبتهم كاملة ، ومشاركة المقر له للمقر في نصيبه هو القول الراجح ، وهناك قول آخر ، وهو أن المقر يأخذ حصته على فرض مشاركة المقر له في التركة تقسم قسمتين « إحداهما » على فرض عدم وجود المقر له بينهم ، فإذا كانوا أربعة والتركة خمسمائة سهم في شركة أخذ كل واحد ١٢٥ « والثانية » على فرض وجود المقر له معهم فتقسم التركة على خمسة . ويخص كل واحد مائة سهم ، ويأخذ المنكرون أنصبتهم كاملة على القسمة الأولى ، ويأخذ المقر نصيبه على القسمة الثانية ، ويأخذ المقر له خمسة وعشرين ، وهي فرق الأنصبة .

(ب) أنه إذا كان المقر موسراً ، والمقر له فقيراً مستحقاً للنفقة وجبت عليه النفقة .

(ج) أنه إذا مات المقر ، ولا وارث مطلقاً استحق المقر له تركته .

دعوى النسب

٢٣٢ - دعوى النسب لا تسمع في كل الأحوال ، وهي تختلف باختلاف نوع النسب ، فإن كانت الدعوى ليس فيها تحميل النسب على غيره وكان المدعى عليه حياً ، فإن الدعوى تسمع ولو كانت مجردة وليست في ضمن حق آخر ، فيصح أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه دعوى مجردة من غير مصاحبة أى حق آخر ، فإن أقر ثبت النسب ، وإن أنكر اتبعت طرائق الإثبات التي بينها ، وهي تختلف في حال قيام الزوجية ، عنها في حال العدة ، وإن لم تكن عدة ولا زوجية فلا بد من حجة كاملة .

وإن كانت دعوى النسب من النوع الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير ، وكان المدعى عليه ميتاً ، فلا بد أن تكون الدعوى في ضمن حق آخر كحق الميراث ، ويكون الخصم في ذلك من تحت يده التركة من وارث أو وصي أو موصى له ، أو دائن قد وضع يده عليها ، وإنما اشترط أن تكون في ضمن

حق آخر ، لأنها دعوى على الميت وهو غائب ولا تسمع الدعوى على غائب إلا في ضمن حق للحاضر .

وإن كانت دعوى النسب فيها تحميل النسب على الغير ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر ، لأنها تتضمن الدعوى على الغائب ، وهو من حمل عليه النسب ، ولا تسمع الدعوى على غائب ، إلا إذا تضمنت حقاً للحاضر .

ومثال ذلك دعوى الأخوة في ضمن دعوى النفقة ، أو دعوى العمومة في ضمن دعوى الميراث وهكذا ...

— وقد بينا شروط صحة الدعوى في ثنايا الكلام في النسب .

اللقيط

٣٣٣ — هو مولود نبذه أهله فراراً من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك ، وإيواء اللقيط فرض كفاية على كل من يعلم به ، ويكون إيوؤه فرض عين على من يراه في مكان ، ويغلب على ظنه الهلاك إن تركه ، وإن لم ينحش الهلاك كان إيوؤه مندوباً إليه .

ومعنى وجوب أن يلتقطه أن يحرم عليه أن يتركه من بعد ، وهو أحق بإمساكه ، وليس لأحد أن ينزعه منه ، وإن وجدته أثنان مسلم وغير مسلم وتنازعا ، فالمسلم أولى به ، وإن استويا في الدين فالرأى للقاضى .

واللقيط حر مسلم تبعاً لحكم دار الإسلام ، إلا إذا وجدته ذمى في حلة أهل الدمة ، فإنه يكون على دين الذمى .

وإن كان معه مال فهو ملك للقبط ينفق عليه منه من بعد استئذان القاضى ، لأنه ليس له عليه إلا ولاية الحفظ ، وإن أنفق الملتقط على اللقيط من ماله الخاص من غير إذن القاضى فهو متبرع ، فإن كان بإذن القاضى فإنه يرجع على اللقيط إذا أيسر .

وللملتقط على اللقيط ولاية التربية : فيشتري له ما يلزمه ، ويدفعه إلى من يعلمه علماً أو حرفة ، وينتقل معه حيث انتقل ، وإذا أقر واحد بنسب

(م ٢٦ — الأحوال لشخصية)

اللقيط منه ثبت نسبه منه ، ما دامت شروط الإقرار مستوفاة ، ولو كان المقر غير مسلم ، ولكن يستمر اللقيط مسلماً بحكم الالتقاط .
ويلاحظ هنا رأى مالك الذى لا يحكم بالنسب إلا إذا بين المقر وجهاً شرعياً له .

وإذا لم يكن للقيط مال ، ولم يدع أحد نسبه ، وأبى الملتقط الإنفاق عليه ، وثبت أنه لقيط ، فإنه تكون نفقته واجبة على بيت مال المسلمين ، فيرتب له منه مقدار حاجته من طعام وكسوة .

٢ - الرضاعة

٣٣٤ - الكلام فى الرضاعة يكون فى ناحيتين :

(إحداهما) الكلام فيها من ناحية كونها سبباً من أسباب التحريم ، وقد تكلمنا على ذلك فى أثناء الكلام فى المحرمات .

(والناحية الثانية) كونها حقاً للطفل ، وهى بهذا النظر لها اعتباران .
فهى من ناحية متصلة بالنفقة ، فهى أسبابها واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير ، وأول من تجب عليه نفقة الصغير هو أبوه ، لأنه منسوب إليه ، ولأنه جزؤه على ما سنبين فى نفقة الأقارب ، والاعتبار الثانى ناحية كونها غذاء مناسباً فى دور معين من أدوار الحياة للطفل ، وأنسبه هو لبن الأم ، ولذلك كان الوجوب الأول بالنسبة للرضاعة عليها ، فقد قال الله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فالإرضاع واجب على الأمهات من حيث الأصل ، والإنفاق عليهن واجب على الأب .

وقد اختلف فى مدى وجوب الإرضاع على الأم ، فقال الحنفية إنها مطالبة به ديانة لا قضاء ، أى أنها تأثم فيما بينها وبين الله إن تركت إرضاع ولدها من غير عذر مسوغ لذلك ، ولا يجبرها القاضى على الإرضاع ، لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها ، والنفقة بالإنفاق على الأب والإرضاع منها ، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا فى

حالة الضرورة ، بأن كان الولد لا يلزم إلا ثديها ، أو لم توجد مريض سواها ، أو كان الأب والولد في عسرة لا يستطيعان دفع أجره لظفر ترصعه .
ففي هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع ، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك .

وقال مالك رضي الله عنه : إن الأم تجبر على إرضاع ولدها . إلا إذا كانت من طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهم بأنفسهن ، وبذلك يتلاقى الوجوب الديني مع الوجوب القضائي في الجملة عند مالك ولا يتلاقيان ، في الجملة عند أبي حنيفة .

٣٣٥ - وإذا أرضعت الأم ولدها فليس لها أجره على ذلك ، وإذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه . أو كانت معتدة من طلاق رجعي من الأب وتجب لها قطعاً إذا كانت أجنبية عن الأب ، بالألا تكون هناك زوجية ولا عدة ، ففي هذه الحال تجب لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) ويتبين من هذا أن أجره الرضاعة ليست أجره خالصة ، أي ليست عوضاً خالصاً ، بل هي مثنو ونفقة ، ولذا لا تجب على الأب إذا كانت الأم في عصمته ، أو في عدة الطلاق الرجعي ، لأن عليه النفقة والمثنو بمقتضى الزوجية . ولا تجب للمرأة نفقتان ، وإن تعددت أسباب الوجوب .

وإن كانت الأم في عدة الطلاق البائن من الأب ، فقد اختلفت في ذلك الروايات . ففي رواية تجب لها أجره . لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت ، وصارت كالأجنبية . وهذه رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي ، وروى محمد أنه لا تجب لها الأجره ، لأنها كالمعتدة من طلاق رجعي ، ولأن ما تأخذه الأم من أجره إنما هي مثنو ونفقة ، وأن على الأب نفقتها ، ولا تجب لشخص واحد نفقتان وإن تعددت الأسباب ، وقد رجح كثيرون هذه الرواية (١) . ورجح غيرهم الأولى فاختلف الترجيح ، والعمل على عدم الوجوب .

(١) يلاحظ في هذا المقام أمران : (أحدهما) أنه جاء في « الذخيرة والمحجبي » أنه إن كان الصغير مال جاز لأبيه أن يستأجر أمه لإرضاعه بأجره من مال الصغير نفسه لعدم اجتماع الواجبين على الزوج ، وهما نفقة الإرضاع والزوجية ، وقد قال ابن عابدين بعد هذا النقل : « إن الفتوى على الجواز الذي مشى عليه في الذخيرة والمحجبي » .

٣٣٦ - وإذا كانت الأم تستحق أجره رضاعة ، فإنها تستحق الأجرة إن أرضعت ، ولو لم يكن اتفاق ، وتأخذ في هذه الحال أجره المثل (١) ، بخلاف الأجنبية إلا إذا كان ثمة اتفاق ، فلو أرضعت قبل الاتفاق على الأجرة لا تأخذ شيئاً .

واستحققت الأم الأجرة من غير اتفاق على مقدارها ، لأن القرآن الكريم جعل استحقاقها الأجرة مترتباً على الإرضاع ، لا على الاتفاق ، لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ولأن الإرضاع قبل الاتفاق لا يكون دليلاً على التبرع ، لأن شرط شفقتها يدفعها إلى الإرضاع ، وإذا كانت تريد الأجرة فهي لا تترك ولدها جائعاً حتى تتفق ، أما غيرها ، فليست عندها هذه الشفقة فيحمل إرضاعها على التبرع ، إذ لا يتصور سواه .

ولا تستحق الأم أجره رضاع لأكثر من سنتين باتفاق فقهاء الحنفية ، لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة) فالقرآن الكريم جعل تمام الرضاعة بحولين كاملين .

وفي حال استحقاق الأم أجره يجوز الاتفاق عليها ، والمصالحة عنها ، بأن تأخذ عنها عوضاً ، وقد تكون جزءاً من بدل الخلع .

وعلى ذلك لا تجوز المصالحة عنها ، إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم أو معتدة من طلاقه الرجعي ، أو معتدة من طلاقه البائن عند من لا يجعل لها أجره رضاعة ، وتجاوز المصالحة عنها إذا كانت أجنبية عن الأب بالاتفاق ، أو كانت في عدة طلاقه البائن عند من يجعل لها أجره رضاعة .

٣٣٧ - والأم أولى بإرضاع ولدها ، ولو كانت لا ترضعه إلا بأجرة إلا إذا وجدت متبرعة أو من ترضعه بأقل مما تطالب به الأم ، ولو كان

٢ (ثانيهما) أن فقهاء الحنفية قد اتفقوا على أنه إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده من غيرها وجبت الأجرة ، وذلك لأن إرضاع المرأة غير ولدها تستحق عليه أجرة هي عوض ، وليست مثونة ولا نفقة ، حتى يقال إنه قد اجتمعت لشخص واحد نفقتان وقد اختلف نوع الوجوب وسببه ، فلا مانع من تعدده لتعدد سببه ونوعه .

(١) هذا هو الراجح ؛ وقال بعض الفقهاء إنها لا تستحق أجرة من غير عقد كالأجنبية إن أرضعت .

- ٤٠٥ -

أجرة المثل ، فإنه لا يلزم الأب بتقديم أجرة مع وجود متبرعة ، أو طلب أجرة كبيرة مع وجود من ترضى بالأقل ، لأنه لو ألزم بذلك لكان هذا مضارة له ، والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدته بولدها ، ولا مولود له بولده » .

ولا فرق في ذلك بين أن تكون المتبرعة أجنبية أو ذات رحم محرم ، ولا بين أن يكون الأب فقيراً ، أو قادراً ، ولا بين أن تكون الأجرة من مال الصغير أو من مال الأب .

ويلاحظ أنه إذا كانت المرضع غير الأم فإن ذلك لا يسقط حق الأم في الحضانة والتربية ، ولا تلزم المرضع بالمكث في بيت الأم بل ترضعها وتذهب إلى بيتها ، إلا إذا كان قد اشترط عليها البقاء والمكث في بيت الأم .

٣٣٨- وإذا كانت المرضع غير الأم ترضع بأجرة ، فهي تسمى ظئراً ، وهي تلزم بإرضاعه في مدة الإجارة بالأجرة المتفق عليها ، فإن انتهت المدة لا تلزم بإرضاعه ، إلا إذا كان لا يلزم إلا ثديها ، ففي هذه الحال تلزم بإرضاعه بأجرة المثل ، وذلك مثل إجارة الأرض للزرع ، إذا انتهت المدة قبل أن يحصد الزرع ، فإنه في هذه الحال يبقى في الأرض بأجر المثل إلى أن يحين وقت حصاده .

ولو كانت متبرحة وأرادت أن تنهى تبرعها ، والولد لا يلزم إلا ثديها ، فإنه في هذه الحال يلزمها لإرضاعه بأجرة المثل ، لأن في عدم الإلزام تعريض الولد للهلاك .

هذا وفي كل موضع وجبت فيه أجرة الرضاعة ، فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، لأنها أجرة في إجارة فهي كسائر الإجازات .

٣ - الحضانة

٣٣٩- يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات :

الولاية الأولى ولاية التربية . والولاية الثانية هي الولاية على النفس . والولاية الثالثة ، الولاية على ماله إن كان له مال .

- ٤٠٦ -

أما الولاية الأولى . وهى ولاية التربية . فالدور الأول منها يكون للنساء ، وهو ما يسمى بالحضانة ، فالحضانة هى تربية الولد فى المدة التى لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق فى تربيته شرعاً . وهى حق للأم ، ثم لمحارمه من النساء .

وثبت وجوبها عليهن : أولاً - لأن الطفل فى ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن .

وثانياً - لأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة . فإنه يروى أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وقالت يا رسول الله هذا ابنى ، كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء ، وثدي له سقاء ، وإن أباه طلقنى ، وأراد أن ينزعه منى . فقال رسول الله ﷺ (أنت أحق به ما لم تتزوجى) ويروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصماً ، فرآه فى الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه ، وتنازعا بين يدى أبى بكر الصديق فأعطاه إياه ، وقال لعمر الفاروق : (ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك) .

وإذا كانت الحضانة حقاً للأم دون الأب ، فقد اقتضى القياس أن يكون للنساء أولاً دون الرجال ، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب .

ولا تثبت حضانة لامرأة من النساء إلا إذا كانت محرمة ، لأن القرابة المحرمة هى التى تناط بها الحقوق والواجبات فى أكثر الأمور الشرعية ، ولأنها أوثق وأعطف ، ولذلك كانت سبباً فى التحريم فى الزواج ، وقد قال فى ذلك الكاسانى : « إن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة » .

ويتقدم فيها الأقرب فالذى يليه من هؤلاء ، فأحقهن الأم ، ثم أم الأم وإن علت ثم أم الأب ، وقدمت أم الأم ، لأنها تدلى بالأم ، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم ، فكل من يدلى بها أولى من غيره ، ثم بعد الجدات الأخوات الشقيقات ثم اللاتى لأم ، ثم لأب ، وقيل إن الحالة أولى من الأخت لأب ، لقوله عليه الصلاة والسلام (الحالة والدة) ، ووجه الراجح - وهو

تقديم الأخت لأب على الحالة - أنها أقرب ، لأنها بنت الأب ، والحالة بنت الجدة ، ثم يلي هؤلاء بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، ثم بنت الأخت لأب ، وبنت الأخت لأب أولى من الحالة على الرواية التي تقدم الأخت لأب على الحالة ، وهي غير راجحة هنا . ثم الحالات الشقيقات ، ثم لأم ثم لأب ، ثم حالات الأب الشقيقة ، فلأم ، فلأب ، ثم عمات الأم كذلك ، ثم عمات الأب .

٣٤٠ - ويشترط في الحاضنة : (أ) أن تكون حرة بالغة عاقلة ،

لأن الأمة لا تفرغ لخدمة الطفل ، والصغيرة لا تستطيع القيام بشئون نفسها ، فأولى ألا تستطيع القيام بشئون غيرها ، والمجنونة كذلك ، بل أشد .

(ب) ويشترط أن تكون قادرة على القيام بشئونه ، فإن كانت عاجزة عن ذلك لمرضها ، أو لتقدمها في السن ، أو لانشغالها بغيره ، بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل - لا تكون أهلاً للحضانة ، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه ، وذلك لا يكون مع العجز أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل . على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء ، لأنها مسألة تقديرية .

(ج) وأن تكون أمينة عليه ، فتكون أمينة على نفسه ، وأدبه ، وخلقه ، فإن كانت فاسقة مستهترّة لا تؤمن على أخلاق الطفل وأدبه ولا على نفسه ، فإنها لا تكون أهلاً للحضانة .

ولا يصح أن يفهم من هذا أن تدين ذات الرحم المحرم شرط لاستحقاقها الحضانة ، فإن غير المتدينة أهل في الجملة للحضانة ، إلا إذا أدى فسقها إلى الإضرار بمصلحة الطفل ، فيتكون على عادات سيئة ، فإنها في هذه الحال لا تكون أهلاً لعدم التدين ، بل لعدم الأمانة ، ولعدم القدرة على الحضانة ، إن كان عدم تدينها لا يؤدي إلى الإضرار بأداب الطفل أو دينه فإنها تكون أهلاً .

(د) ويشترط ألا تكون مرتدة ، لأن المرتدة غير أمينة ، ولأنها تحبس فلا تكون قادرة على إمساكه والقيام على مصالحه .

(هـ) وألا تمسكه عند غير ذى رحم محرم منه . كالأخت لأم تمسكه عند أبيها وهو أجنبي عنه ، لأن ذلك الأجنبي ينظر إليه شزراً ، ولا يعطف عليه . فينشأ الطفل في جو يبغضه ، ولا يألفه ، فيؤثر ذلك في أخلاقه وحياته من بعد ذلك .

(و) وكذلك يشترط ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، لأنها تكون قد أمسكته عند أجنبي عنه . ربما لا يعطف عليه ، فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض أو الأذى ، أما إذا كان زوجها ذا رحم محرم منه ، فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة ، كأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها جده لأمه أو خالته يكون زوجها عمه ، أو أخيه لأمه يكون زوجها أخاه لأبيه . ففي هذه الصور وأشباهاها لا يكون تزوجها مانعاً من ثبوت حقها في حضانة الطفل . لأنها تمسكه عند من يعطف عليه في غالب أحواله ، وليس من شأنه أن يمتقنه ويبغضه .

واتحاد الدين بين الحاضنة والطفل ليس بشرط ، فإذا كان مسلم متزوجاً مسيحية وله بنت منها وافترقا ، فإن الخلاف الذى بينها وبين بنتها لا يمنع حقها في الحضانة إذ تكون البنت مسلمة تبعاً لأبيها ، وذلك لأن سبب ذلك الحق هو وفور الشفقة ، ولا يؤثر فيه اختلاف الدين ، ويستمر حق الحاضنة ثابتاً لها مع اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل ، ولذلك ينزع الطفل من يدها ، إذا خيف على الطفل إفساد دينه ، وذلك في حالين :

(إحداهما) إذا كان الطفل في سن التمييز ، فيعقل الأديان ويفهمها ، ويخشى من تأثره بدينها إذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية .

(ثانيهما) إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز ، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها ، وتعويدة عاداته ، وتنشئته عليه ، فإنه في هذه الحال ينزع من يدها إذ تصبح غير آمنة على دينه ، وقد علمت أن الأمانة شرط .

٣٤١ . وإذا لم يكن للطفل ذات رحم محرم تحضنه أو كانت ولكنها ليست مستوفية للشروط التى تسوغ لها حضنته ، فإن الحضانة تنتقل إلى

العصابات (١) ذوى الرحم المحرم . فتكون للأب ثم للجد الصحيح وإن علا ، ثم للإخوة الأشقاء للأب ثم لأبناء الأشقاء ثم أبناء الإخوة للأب ، ثم للأعمام وهكذا تثبت الحضانة للعصابات من المحارم سواء أكان الولد ذكراً أم أنثى ، أما إذا كان العصاب من غير المحارم كأبناء الأعمام فإن الحضانة لا تثبت لهم بالنسبة للأنثى ، وتثبت بالنسبة للذكر .

وإذا لم تكن عصابة مطلقاً بالنسبة للذكر ، أو كانت عصابة ليست ذات رحم محرم بالنسبة للأنثى ، فإنها تنتقل إلى الأقارب ذوى الأرحام المحارم تكون للجد لأم ، ثم تكون للأخ لأم ثم أبناء الأخوات الشقيقات ، ثم لأب ثم أبناء الأخ لأم . والأخت لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال لأبوين ، ثم الخال لأب ثم لأم .

ولا حق لبنات العم والعمة ، وبنات الخال والحالة فى حضانة الذكور لعدم المحرمية ، ولهن الحق فى حضانة الإناث ، ولا حق لبنى الخال والحالة والعم والعمة فى حضانة الإناث . ولكن لهن الحق فى حضانة الذكور .

وإذا انتقلت الحضانة إلى الرجال ، فإنه يشترط فى الحاضن أن يكون بالغاً عاقلاً حراً قادراً على القيام برعاية الطفل أميناً عليه ، كما يشترط اتحاد الدين ، وذلك لأن حق الرجال فى الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وذلك إذا كان الولد غير مسلم ، وكان ذو الرحم المحرم مسلماً ، فليس له حق الحضانة ، بل حضانته إلى ذوى رحمه المحارم

(١) يلاحظ فى هذا المقام أمران : (أحدهما) أن الحاضنة إذا سقط حقها فى الحضانة لتزوجها بأجنبي ثم طلقها منه ، فإنها فى هذه الحال يعود إليها حقها ، لأنه قد زال السبب الذى أسقط حقها ، فيعود إليها بعد زواله .

(ثانياً) أنه من المقرر أن المتزوجة إن كان زوجها أجنبياً يسقط حقها فى الحضانة لأنه ينظر إليه شرراً ، ولا شك أنه إذا كانت هناك حاضنة تليها فهي أولى ، وكذلك إذا كان العاصب أباً أو جداً صحيحاً ، ولكن إذا كان غير هؤلاء فقد لاحظ ابن عابدين أنه ربما يكون الزوج أعطف عليه ، وربما يكون العاصب يريد هلاكه ، وذلك كثير ، ففى هذه الحال لو طبقنا القواعد الفقهية لنقلنا الطفل من يد لا تريد به إلا الخير إلا يد لا تريده ، ولذلك استحسن ابن عابدين أن يلاحظ القاضى ما هو أنفع للصغير غير مقيد ، فيبقى عند المتزوجة بأجنبي ، أو يعطيه لعصابة إن ثبت أنه لا أذى منه .

من أهل دينه . وإذا كان الولد مسلماً وذو رحمه غير مسلم فليست حضنته إليه ، لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد بنى حق الحضنة في الرجال على الميراث . ويلاحظ أنه إذا وجد أكثر من واحد مستحق للحضنة إنثاء كانوا أو ذكوراً فإذا وجد عدة أخوات شقيقات ، أو عدة إخوة أشقاء أو تعددت الحالات ، أو الأحوال ، أو العلمات ، أو الأعمام - يقدم أصلهم فلن تساوا - فأكبرهم سناً ، أو أقدرهم على القيام بشئون الطفل . والقاضى ينظر بعد ذلك إلى مصلحة الطفل وما هو أنفع له ، وإذا لم يوجد من يحتضن الصغير أو الصغيرة وضعه القاضى عند أمين يثق به رجلاً كان أو امرأة .

٣٤٢ - أجرة الحضنة : تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أبى الولد ، ولم تكن معتدة من طلاقه الرجعى ، وكذلك لا تستحق إذا كانت معتدة من طلاق بائن . وتستحق النفقة من أبى الطفل ، وهذا على أحد قولين مصححين في مذهب أبى حنيفة ، وعليه العمل ، وذلك لأن هذه الأجرة ليست عوضاً خالصاً ، بل هى كأجرة الرضاع للأم مثونة ونفقة . وبما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجية لقيامها ، أو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد في وقت واحد ، وإن تعدد السبب . وما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة للحضنة ، وإذا كانت لا تملك مسكناً تسكنه ، فعلى من تجب عليه نفقة الصغير إعداد المسكن ، أو إعطاؤها بدل مسكن . وإذا كانت تحتاج لخادم والأب يقدر على ذلك كانت لها أجرة خادماً إذا كان الأب هو الواجب عليه أجرة الحضنة ، بأن كانت نفقة الصغيرة واجبة عليه ، كما أن على من تجب عليه نفقته بدل فرش وغطائه . ونفقة صلاحه .

٣٤٣ - وأجرة الحضنة تكون واجبة في مال الولد نفسه ، إذا كان له مال ، لأن نفقته تكون في ماله ، وأجرة الحضنة من النفقة ، وإن لم يكن له مال فإن أجرة الحضنة تكون على من تجب عليه نفقته ، تكون على الأب إذا كان موجوداً وكان قادراً ، فإن لم يكن له أب ، أو كان عاجزاً فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب ، على ما سنبين في نفقة الأقارب ، وإذا

أبت الأم أن تحتضنه إلا بأجرة . ووجدت متبرعة . فإن الأم أولى إذا كانت أجرة الحضنة على الأب . وكان موسراً أو كانت المتبرعة ليست من الحاضنات .

أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات ، وكانت أجرة الحضنة على الأب وكان غير موسر ، أو كانت أجرة الحضنة من مال الولد ، فإن المتبرعة أولى ، لأن الحضنة لمصلحة الولد ، ومن مصلحته المحافظة على ماله ، والمتبرعة تنظر إلى مصلحته في الجملة ، لأنها ذات رحم محرم منه ، وأما عدم الوجوب على الأب وهو غير موسر فلأن إلزامه بأجرة الحضنة مع وجود المتبرعة في هذه الحال مضارة به . والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » والفرق بين التبرع بالحضنة والتبرع بالرضاعة أن المتبرعة في الرضاعة تقدم في كل الأحوال ، قريية كانت أو أجنبية ، وسواء أكانت النفقة على الأم أم كانت على الأب ، وسواء كان الأب موسراً ، أم كان غير موسر ، وأما في الحضنة فلا بد من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ، ولا بد من أن يكون الأب غير موسر ، أو تكون الأجرة من مال الولد .

ويلاحظ أنه إذا كان الأب معسراً ، والولد لا مال له ، ولم توجد متبرعة فإن الأم تحتضنه وتقدر لها أجرة ، وتكون تلك الأجرة والأداء على من يلي الأب في نفقة الولد ولكنه يؤديها على أنها دين على الأب ، يأخذه منه إذا أيسر ، إما إذا كان الأب عاجزاً فإنه لا يجب عليه شيء ، وتكون الأجرة واجبة على من يليه في الإنفاق .

هذا ما قرره الفقهاء بالنسبة للأم إذا طالبت بالأجرة ، ووجد متبرعة وكان الأب معسراً ، والظاهر أن حكم غير الأم من الحاضنات كذلك إذا تبرعت حاضنة وتمسكت من هي أقرب منها بالأجرة ، إذ لا فرق بين الأم وغيرها بالنسبة للتبرع والإعسار .

٣٤٤ - مكان الحضنة : إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم ، فإنها تمسكه في مكان الزوجية ، إذا كانت معتدة من طلاقه البائن أو الرجعي وذلك لأن المرأة تعتبر ناشزة إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال ، ولذلك إذا خرجت من المسكن في هذه الحال ومعها ولدها ، أو لم يكن معها

ولدها فله أن يعيدها إلى مسكن الزوجية . إذ له عليها حق الطاعة ، إن كانت زوجة ، وله عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة .

وإذا كانت غير معتدة ، ولا زوجية قائمة ، فإن الحاضنة إذا كانت أمًا لها أن تخرج إلى بلدها الذي يكون فيه أهلها ، وقد عقد زواجها من أبي الطفل فيه . لأن رصده بالعقد فيه دليل على أنه يرضى لنفسه ولولده الإقامة فيه .

وليس لها أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجها فيه ، أو لم يكن بلدها ، كذلك ليس لها أن تنتقل به إلى بلدها ، إذا لم يكن عقد عليها فيه ، ولا إلى البلد الذي عقد عليها فيه إذا لم يكن في الأصل بلدها .

وروى عن أبي يوسف أن لها أن تنتقل إلى البلد الذي عقد فيه عقد الزواج ولو لم يكن بلدها ، ولكن جاء في البدائع « إن ذلك غير سديد » .

وكل هذا إذا كان البلد بعيداً . أما إذا كان قريباً وكان في مصر فإنه يجوز أن تنتقل إليه إذا كان يمكنه أن يرى ولده ويعود في اليوم نفسه قبل أن يدخل الليل ، أما إذا كان النقل إلى قرية ليست قريبها التي عقد عليها فيها فليس لها ذلك قرية كانت أو بعيدة ، حتى لا يتعود الولد جفاف أهل القرى إلا إذا كان محل إقامة الأب قرية . وكانت القريتان قريبتين .

وإن كانت الحاضنة غير الأم . فليس لها الانتقال مطلقاً ، إلا بإذن من الأب . ويلاحظ أن منع النقل في كل الأحوال إنما هو لحق الأب والولي العاصب ، فإن أذن لها أن تنتقل .

وليس للأب أن ينزع الولد ، ويسافر به من محل إقامة الحاضنة إذا كان هو المحل المعتبر شرعاً ، ولكن إذا سقط حق الأم في الحضانة ، وانتقل إلى من يليها ، وهي في بلد آخر ، فله أن يسافر به إلى بلده .

وليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، ولا تجبر على إرساله ، كما أنه ليس له إن سقط حق الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ، ولا يجبر على إرساله إليها .

٣٤٥ - من له حق الحضانة : هل الحضانة حق خالص للحاضنة ، قال

بعض الفقهاء ذلك ؛ ولها أن تنزل عنه في أى وقت شاءت ، ولا تجبر إذا

امتنعت . وقال بعضهم أنها حق للولد ، وتجبر الأم عليه إن امتنعت ، والقول الأول قول الشافعي وأحمد والثوري ، ورواية عن مالك ، واختار الثاني بعض فقهاء الحنفية ، والصحيح في المذهب الحنفى أنها حق للحاضنة وللطفل ، وعلى القول الثاني تجبر ما دامت خالية من الموانع ، فلا يترك ولدها في يد غيرها ولا مانع من أخذها له ، وبهذا قرر كمال الدين بن الهمام ، ولا وجه للإجبار إذا كانت متزوجة غير ذى رحم محرم ، وقد ترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) أنها لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فالخلع صحيح ، ولكن لا يسقط حقها في الحضانة لأنه ليس خالص حقها ، بل للطفل فيه حق ، وليس لها أن تترك حق الطفل ، فيبطل الشرط .

(ب) أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة . وجعل ذلك أساساً في الصلح فإنه يكون باطلاً ، لأنه يكون صلحاً على ما لا تملك وهو حق غيرها ، ولأن ذلك مثل الخلع في الصورة السابقة ، وقد نص على تلك الصورة في الكافي للحاكم الشهيد .

(ج) أن للقاضى أن يجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تكن حاضنة مستوفية للشروط سواها (١) .

(١) وقد لوحظ أن بعض الأمهات يرسلن أولادهن إلى دور الحضانة أو الإصلاحيات مع صلاحيتين للحضانة ، ولكن القضاء المصرى أوجب عليها الحضانة وقد جاء فيه :

« إن الفقه الحنفى الذى تنفد المحكمة بالحكم وفقاً لأرجح الأقوال فيه ما دام لا يوجد نص فى اللائحة أو فى قانون المحاكم الشرعية لا يعرف دور الحضانة ، وهى على أى حال لا يمكن أن تقوم مقام الأم ، والأصلح للصغير وهو مدار الحكم أن تحضنه إيمه ما دامت قادرة على ذلك ، ولئن انتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل أسباب الحياة المادية ، فهى غير قادرة على أن تموضه عن عاطفة الأم ، تلك العاطفة التى لا توجد فى إنسان غير الأم ، إذ مهما بلغت قسوتها وشلوذها ، فهى أرحم عليه من غيرها ، وللولد حق طبيعى وقانونى فى هذه العاطفة ، ولا يملك أحد إسقاط حقه فى هذا ، ومن ثم لا يسقط حق الصغير من أمه » .

وتقول فى آخر الحكم :

« إن عمل المرأة الأساسى هو الزوجية والأمومة ، فلا يصح التخل من هذا الواجب الطبيعى الأساسى ، بحجة الاشتغال بعمل مهما قيل فى فائدة وصلاحيه المرأة له ، فإنه لا يصح =

٣٤٦ - انتهاء الحضانة : تنتهى الحضانة ببلوغ الولد السن التى يستغنى

فيها عن النساء ، وقال المتقدمون من الفقهاء إنها تنتهى للغلام إذا كان يستطيع أن يأكل وحده ، ويشرب وحده . ويلبس وحده ، والصغيرة تنتهى حضانتها إذا بلغت البلوغ الطبيعى ، بأن صارت تحيض .

هذا تقدير المتقدمين ، نظروا إلى طبيعة الولد : ولم ينظروا إلى سنه ، ولكن جاء بعد هؤلاء من رأوا الحد بالسن لكيلا تجرى المشاحنة ، وإن حدث اختلاف سهل الاحتكام إلى ضابط معين مستقيم ، فجعل الخصاص سن الحضانة بالنسبة للغلام سبع سنين ، لأنها أقل سن التمييز ، وحيث بلغ هذه السن كان فى حاجة إلى من يهديه ويعوده عادات الرجال ، وبعضهم جعلها تسعاً ، وأما بالنسبة للجارية ، فإن سن الحضانة تنتهى بتسع ، لأنها تحتاج إلى رعاية النساء ، حتى تتعود عادات النساء ، ثم بعد ذلك تحتاج إلى الحفظ والصيانة ، والرجال على ذلك أقدر ، وبعضهم جعلها إحدى عشرة .

ولقد كان العمل جارياً على قول الخصاص ، إلى أن جاء قانون سنة ١٩٢٩ فنص على أن هذا هو الحد الأدنى لسن الحضانة ، وجعل لها حداً أعلى ، وهو تسع للغلام وإحدى عشرة للجارية ، وترك أمر السنتين إلى تقدير القاضى ، إذ عسى أن يكون الطفل فى حالة ضعف يستدعى مدة بعدها ليكون تحت رعاية النساء ، وطبائع الأطفال وأحوالهم وأجسامهم تختلف ، فجعل للقاضى حق المد سنتين أو بعضهما ، ولذا جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٢٩ « رأت الوزارة أن المصلحة داعية أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع ، فإن رأى مصلحتهما فى بقاءهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى

أن يطلى بل إنه لا يعدل الوظيفة الأساسية الطبيعية للمرأة ، ولو قبلت دعوى عدم القدرة على هذه الأمومة بحجة العمل الحكومى أو غير الحكومى ، لكانت النتيجة أن الإخلال بالالتزام يؤدى إلى الحصول على حق ، وأن الباطل هو سبيل الحق ، وهى نتيجة غير مقبولة (حكم محكمة القاهرة الصادر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٦ ، والمنشور بالهامة لسنة ٢٧ ص ٢٠٢) فليرجع إليه .

تسع في الصغير . وإحدى عشرة في الصغيرة ، وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

٤ - نفقة الأولاد والأقارب

٣٤٧ - ذكرنا الحقوق الثلاثة الأولى ، وهي النسب والرضاعة والحضانة ، والآن نتكلم في حق رابع . وهو حق النفقة ، وهي لا تتبين على وجهها إلا إذا شرحت نفقة الأقارب بعضهم على بعض ، ولذا نتكلم عنها :

إنه من المقرر أن لبعض الأقارب نفقة على قريبهم الموسر أو الكسوب القادر . ولكن اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للإنفاق ، فضيق بعضهم دائرتها ووسع آخرون . وتوسط بين هؤلاء وهؤلاء طائفة ثالثة ، فالأول رضي الله عنه ضيق النفقة الواجبة فجعلها على الأبوين والأولاد الصليين ، دون بقية الأصول والفروع ، وذلك لقوله تعالى : (وبالوالدين إحساناً) وقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) وقوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فدللت هذه النصوص على وجوب النفقة على الأبوين والأولاد ، فيقتصر على مورد النص ، وليس غير هؤلاء في قوة قرابتهم حتى يقاسوا عليهم .

وقال الشافعي ، إن القرابة الموجبة للإنفاق هي قرابة الولاد ، أى تجب فقط نفقة الفروع على أصولهم . ونفقة الأصول على فروعهم ، من غير تقييد بدرجة ، لأن الأصول آباء ، والفروع أولاد . فيدخلون في عموم النصوص السابقة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه سبب نفقة الأقارب القرابة المحرمة ، ولو لم تكن قرابة أولاد ، لأن الله سبحانه وتعالى أمر بصلة الرحم على لسان رسوله الكريم ومن صلة الرحم الإنفاق عند الحاجة ، وقد اشترط المحرمة ، لأن التحريم في النكاح أساسه ما قد يؤدي إليه العقد مع قطع للرحم أحياناً ، فحفاظة عليها كان التحريم ، فاعتبر التحريم مقياساً للرحم الواجب وصلها بالإنفاق ، والرحم التي لا توجب الإنفاق .

وقال أحمد بن حنبل: إن القرابة التي تكون سبباً في الإنفاق هي القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثاً للقريب المحتاج إن ترك مالا ، لقوله تعالى في نفقة الولد : « وعلى الوارث مثل ذلك » ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي أن يكون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس ، فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فإن لم يكن وارثاً ، لتأخر القرابة الموجبة لذلك ، لم تجب عليه النفقة لذلك (١) .

ولأن الميراث شرط القرابة الموجبة للنفقة عند أحمد ، وجب اتحاد الدين حتى في نفقة عمود النسب ، أي قرابة الولاد ، لأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم ، فلا بد أن يكون كلاهما مسلماً لتجب النفقة .

هذه هي آراء العلماء في نفقة الأقارب وسبب وجوبها ، فضيق النطاق مالك ، وقاربه في ذلك الشافعي ، ووسع النطاق الحنابلة ، وتوسط الحنفية .

والمعمول به قول الحنفية ، ولو أن لنا أن نختار لاخترنا قول الحنابلة في غير نفقة الأصول على فروعهم ، والفروع على أصولهم ، إذ جعل المناط هو الميراث في غير المذكورين أولى بالقبول ، لأنه إذا كان لفقر عاجز خاله الموسر وابن عمه نجد الحنفية يوجبون النفقة على الخال دون ابن العم ، مع أن الذي يختص بالميراث هو ابن العم إن مات ذلك الفقير عن شيء ، والتعاون وتبادل الصلات يوجبان النفقة على ابن العم دون الخال ، لأن الغرم بالغنم .

٣٤٨ - شروط وجوب النفقة : يشترط لوجوب نفقة القريب على

قريبه ما يأتي :

(أ) المحرمية أي أنه لا بد أن تكون من القرابة التي تحرم النكاح ، بحيث لو كان أحدهما ذكراً والثاني أنثى تحرم عليه ، وقد علمت أن ذلك رأى الحنفية ، والحنابلة لم يشترطوا ذلك الشرط .

(ب) وحاجة القريب الذي يطالب قريبه بالإنفاق ، فإن لم يكن محتاجاً

لا يستحق النفقة ، وما دام يجد النفقة الضرورية ، فإنه لا تجب نفقته على غيره لأن هذه النفقة إنما تجب للضرورة . لدفع الهلاك عن القريب ، فلا تجب ما دام يجد ما يدفع حاجته (١) .

وعلى ذلك إذا كان للولد الصغير مال لا تجب نفقته على أحد ، ولو كان أباه ، بل تجب نفقته في ماله الخاص ، وإن أنفق أبوه عليه من ماله هو لا يرجع عليه في ماله ، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي ، أو كان قد أشهد أنه أنفق عليه ليرجع في ماله ، فإنه من المعتاد أن ينفق الأب على ولده . ولو كان للولد مال خاص ، فإن لم يشهد ، فإن الإنفاق يكون على مجرى العادة .

(ح) ويشترط عجز من يطالب بالنفقة ، إلا في النفقة الواجبة للأصول على فروعهم ، فإن العجز عن الكسب ليس بشرط ، فتجب نفقة الأب على ابنه ما دام محتاجاً ، ولو كان قادراً على الكسب ، وكذلك الجد وإن علا ، سواء أكان من جهة الأب أم كان من جهة الأم ، لأن الله سبحانه وتعالى نهى عن إيذاء الآباء ، وفي إلزامهم بالعمل مع غناهم إيذاء ، ولأن الشرع جعل حقاً في مال الولد لآبائه ، فقال عليه الصلاة والسلام : (أنت ومالك لأبيك) ولأن الولد كسب أبيه ، فكسب الولد كسب له .

وفيما عدا هؤلاء عجز طالب النفقة لابد منه ليكون له الحق ، لأنه إن كان قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه أو قدرته ، ولم يكن في حال ضرورة يتعرض فيها للهلاك إن لم ينفق عليه قريبه .

والعجز يكون بالصغر والأنوثة ، فالصغير والأنثى عاجزان ، ويكون بالمرض المزمن الذي يقعه عن الكسب ، والعمى ، ويكون بالحرق ، بأن

(١) إذا كان لفقير دار يسكنها ، وعبد يخدمه أيمد محتاجاً مع بقائها على ملكه ، أم لا يمد محتاجاً إلا بعد بيعهما وإنفاق ثمنهما ؟ في ذلك روايتان :
إحداهما : أنه لا يمد محتاجاً ، إذ يستطيع بيعهما ويسكن بالكراء ، ويكثرى خادماً .
والرواية الثانية : أنه يكون محتاجاً ، ولو بقى على ملكه لأن بيع المنازل لا يكون إلا نادراً ، وعنى أن الرواية الأولى أوفق لزمنا .

يكون أخرق لا يحسن صناعة (١) أو يكون من أبناء أعيان الناس الذين يلحقهم العار من التكسب أو لا يستخدمهم الناس عادة ، أو يكون طالب علم لا يتفرغ للكسب (٢) ، وقد اشترط أن يكون طالب علم ناجحاً فلا تعطى لمن لا يكون ناجحاً إذ لا جدوى في طلبه العلم إن كان غير ناجح ، وعليه أن ينصرف لطلب القوت ولا يكون كلا على الناس .

(د) ويشترط يسار المنفق في غير نفقة أحد الأبوين على الابن ونفقة الولد على أبيه ، فإن لهذه النفقة أحكاماً خاصة بها من حيث اليسار ، وعدم اليسار ، أما غيرها فإن اليسار شرط بالإنفاق ، واختلف في حده على قولين مصححين (٣) في المذهب الحنفي .

(١) ذكر أن هذا من المعجز ابن عابدين في رسالته .

(٢) جاء في البحر ج ٤ ص ٢٢٨ : إن وجوب النفقة لطالب العلم على قريبه هو قول السلف من الفقهاء ، وقد نقل مناقشة عن الفقيه . هذا نصها :

« الظاهر أنه لم يخف على أبي حامد قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم على الأب من ألقى بدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم ، فإن من كان منهم حسن السيرة مشتغلاً بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الإنفاق عليهم . وإنما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم ، يحضرون الدرس ساعة يقضونها بخلافات ركيكة . ضررها في الدين أكبر من نفعها ، ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والفحشاء والوقوع في الناس . ما يستحقون به لعنة الله والملائكة والناس أجمعين . فيقذف الله البنفس في قلوب آبائهم . وتزع عنهم الشفقة ، فلا يعطونهم مناهم في الملابس والمطاعم . فيطالبونهم بالنفقة ويؤذونهم مع حرمة التأفيف ولو علم بسيرتهم السلف لحرموا الإنفاق عليهم . ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعاً لخرج التمييز بين المصلح والمفسد ، قلت : لكن نرى في طلبة العلم بعد الفتنة العامة - المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب ، والاشتغال بالكسب يمنعهم عن التحصيل ، ويؤدي إلى ضياع العلم والتعطيل . فكان المختار قول السلف . وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة .

(٣) الأقوال المصححة وغير المصححة ، وشرط اليسار ثلاثة :

أحدها : شرطه النصاب الذي يوجب الزكاة وهو أن يكون عنده ما قيمته عشرون مثقالاً من الذهب ، زائداً عن حاجته الأصلية .

وثانيها : شرطه النصاب الذي لا يحمل الشخص مستحقاً للزكاة وهو أن يكون عنده ما قيمته عشرون مثقالاً مطلقاً . ولو كانت من قوته .

وثالثها : وهو قول محمد أن يكون له كسب دائم فيه ما يفضل عن حاجته وحاجة عياله ويتسع لنفقة القريب ذي الرحم المحرم .

أحدهما - قول أبي يوسف ، أن حد اليسار أن يملك نصاب الزكاة وهو أن يملك ما قيمته عشرون مثقالاً من الذهب ، وذلك لأن نفقة ذى الرحم المحرم صلة والصلوات المالية كالصدقات إنما تجب على الأغنياء .

وثانيهما - قول محمد ، وهو أن يكون له كسب دائم يكفى حاجته ويزيد فإنه في هذه الحال يتفق من الزيادة على ذى الرحم المحرم ، وحجته في ذلك أن النفقة صلة ، وليست زكاة ولا صدقة ، ولذا لا تغنى عن الزكاة والصدقات عند القضاء بها ، فلا يشترط لوجوبها ما يشترط لوجوب الصدقات ، ثم هي حق العبد ، والزكاة حق الله سبحانه وتعالى ، وحقوق العباد لا يشترط لوفائها نوع خاص وهي لدفع الهلاك ، وينجب على كل مسلم القيام بدفع الهلاك عن له به صلة ، ما دام في ماله ما يفضل عن حاجته .

ولقد قال صاحب البدائع : إن قول محمد أرفق ، ومال إليه شمس الأئمة السرخسي ، ورجحه الزيلعي ، ولكن قال صاحب البحر أنه لم ير من أفتى به ، فكان الترجيح مختلفاً فيه ، ولعل المناسب لعصرنا هو رأى محمد ، لأنه أرفق بالناس كما قال بعض الفقهاء .

والعمل جار الآن على مذهب محمد ، وإن لم تكن ثمة جدوى في هذا الخلاف لأنه ينذر من يكون ذا كسب ليس عنده فيما يقتنيه أو يدخره نصاب . هذا شرط اليسار بالنسبة لنفقات الأقارب عامة ، أما نفقة أحد الأبوين على الابن ، أو نفقة الولد على أبيه ، فقد اتفق الفقهاء على أن اليسار ليس بشرط لوجوبها ، وإنما الشرط في الوجوب هو القدرة فقط ولو كان معسراً ، ولا يسقط الوجوب في هذا النوع من النفقة إلا إذا كان الأب أو الابن عاجزاً بحيث تكون نفقته على غيره من الأصول والفروع ، فإنه في هذه الحال يسقط الوجوب عنه ويعتبر في حكم المعدوم ، لأنه لا يسوغ عقلاً أن توجب عليه نفقة غيره ، وهو يأخذ نفقة من غيره .

وعلى هذا قالوا بالنسبة لنفقة الولد على أبيه أنه لا يشارك الأب في الإنفاق على ولده أحد ، لو كان معسراً ، لأنه منسوب إليه ، وهو جزء منه ، فالإنفاق عليه لا يسقط عنه ، فكذلك إحياء والده واجب عليه لا يسقط عنه إلا عند العجز وإن كان معسراً ، وليس له كسب يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم

يكن الأب موجوداً بالإنفاق ، وتكون النفقة ديناً على الأب يرجع عليه من أنفق عند اليسار ، فإذا كان من تجب عليه النفقة هو الأم تنفق ، وترجع عليه عند الميسرة . وإن كان من تجب عليه النفقة هو الجلد ، ينفق ويرجع على الأب عند الميسرة أيضاً ، وإذا كان من تجب عليه النفقة هو الأخ تكون النفقة بمقتضى القياس الفقهي ديناً على الأب يرجع إليه عند اليسار (١) .

هذه نفقة الولد على أبيه ، أما نفقة الأبوين على الابن ، فإنها تكون واجبة عليه ولو كان معسراً كسبواً أو لا يكسب إلا ما يكفيه وأولاده ، وفي هذه الحال يجب أن يضم أبويه إلى أولاده ، لأن ما يكفيه وأولاده يكفيهم جميعاً . فلا يفرض القاضي عليه في هذه الحال نفقة ، ولكن يأمره بضم أبويه إليه . وإذا كان الولد لآعيا له . ويعيش وحده ، فهل يضم الأب ، إن طلب ذلك . إذا لم يكن له فضل كسب تفرض للأب منه نفقة ؟ قال بعضهم يجبر الابن على ضم أحد أبويه الفقير إليه ، لأن طعام الواحد يكفي الاثنين كما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن من الواجب عليه دفع الهلاك عن أبيه وأمه . ولو بدفع نصف قوته لهم ، إذ لا يهلك الناس على أنصاف بطونهم . وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : لو أصاب الناس السنة (٢) لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم » .

وقال عامة العلماء إنه في هذه الحال لا يجبر الابن على ضم أبيه الفقير

(١) وعلى ذلك يكون على الأخ نفقتان : نفقة أبيه ، لأن وجوب نفقة الأب على ابنه لا يشترط فيها المعجز ، بل يكفي ثبوت الإعسار ، ونفقة أخيه التي هي واجبة على الأب ، وهذه يرجع فيها على الأب إذا أيسر ، وهذا مقتضى التخريج على ما قالوه ، وهذا ويجب التنبيه إلى أمرين : (أحدهما) أن عدم مشاركة أحد للأب في نفقة أولاده متفق عليه بالنسبة للصغار ، أما الكبار العاجزون فذلك هو الراجح أيضاً ، وذكر الخصاف أن النفقة تكون أثلاثاً : ثلثان على الأب ، وثلث على الأم ، إن كانت موسرة .

(وثنانها) أنه روى عن أبي يوسف أنه قال في ولد صغير له والد محتاج وهو زمن قد سقطت نفقة ولده عنه لا تفرض نفقة الصغير على أقاربه المحارم من قبل أمه ؛ بل تفرض على من تفرض عليه نفقه أبيه ، فتجب على من تجب عليه نفقة أبيه فإن لم يكن في قرابة أبيه المحارم من ينفق عليه قضى بالنفقة على أبيه وأداه عنه - على أن تكون ديناً - من تجب عليه النفقة من قرابة أمه . (٢) السنة المراد بها الشدة أو المجاعة أو الأزمة ، وذلك أن العرب كانوا يعبرون عن الأزمة بالسنة . فيقولون عام رخاء وسنة جدد .

إليه ما دام لا عيال له . ولا يفصل عن قوته الضروري شيء . لأن ضمه يؤدي إلى عجز الابن عن الكسب . إذ لا يأكل ما يكفيه ، فلا تكون له القوة على الكسب فيعجز .

وهذا الخلاف إذا كان الأب قادراً غير عاجز . أما إذا كان عاجزاً عن الكسب فإنه يضم إليه بالاتفاق ولو كان الابن يأكل وحده لأنه جزؤه . وكسب الولد كسب لأبيه (١) ، ومثل ذلك الأم فإنه يفرض عجزها دائماً بسبب أنوثتها .

(هـ) ويشترط اتحاد الدين إذا لم تكن القرابة الموجبة للنفقة قرابة الولادة وهي عمود النسب ، أى أنه لا يشترط اتحاد الدين في نفقة الأصول الواجبة على فروعهم . ولا في نفقة الفروع الواجبة على أصولهم ، لأن هذه القرابة سبب وجوب النفقة فيها الجزئية التي تربط بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه . فتثبت سواء أثبت الميراث أم لم يثبت . كأن يكون الرجل له ولدان أحدهما مسلم والآخر مسيحياً فالنفقة واجبة عليهما . مع أن أحدهما لا محالة لا يرثه لأنه إن كان مسيحياً فالمسلم لا يرثه . وإن كان مسلماً فالمسحى لا يرثه ومع ذلك وجبت عليهما على السواء .

وأما القرابة الموجبة للنفقة غير قرابة الولادة ، فإنه لا بد لثبوتها من تحقق الميراث ، لأن السبب في وجوبها القرابة المحرمة المورثة . واتحاد الدين شرط في التوارث بالنسبة للمسلمين مع غيرهم . فلا يرث المسلم من غير المسلم ولا يرث غير المسلم من المسلم .

٣٤٩ - ترتيب من تجب عليهم : إذا كان من تجب عليه النفقة واحداً أداها وإن تعدد من تجب عليهم ، وكانوا في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة ، كابنتين أو بنتين أو أخوين شقيقين ، أو لأب ، فإن النفقة تكون عليهم

(١) جاء في البدائع : « لو قال الأب للقاضي إن ابني هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه بما ينفق على ، لكنه يدع الكسب عمداً ، يقصد بذلك عقوق ، ينظر القاضي في ذلك ، فإن كان الأب صادقاً في مطالبته أمر الابن بأن يكتسب فينفق على أبيه وإن لم يكن صادقاً تركه » .

بالتساوى ، ولو تفاوتوا فى الثروة مع ثبوت أصل اليسار ، إذ الشرط الموجب للإتفاق ثابت عندهم (١) .

وإن اختلفت درجاتهم فى القرابة أو فى قوة القرابة أو نوعها ، فهنا قد اضطربت أقوال الفقهاء فى ترتيب من تجب عليهم النفقة ، وقد حاول ابن عابدين تلخيص الأقوال المأثورة عن فقهاء المذهب الحنفى ، فضببطها فى سبع أحوال ، نذكرها كما ضببطها .

وقبل أن نخوض فى بيانها نذكر قضيتين هما موضع اتفاق فى الفقه الحنفى ، وقد نوهنا عنهما فى كلامنا السابق وهما :

(أ) لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ، سواء أكان الولد ذكراً ، أم كان أنثى موسرة .

(ب) ولا يشارك الأب فى نفقة أولاده الصليبين أحد ، فحيثما كان للمستحق للنفقة ولد يستطيع الإتفاق عليه ، فلا نفقة تجب على أحد سوى ولده ، وحيث كان للولد أب ، فلا نفقة له على أحد سوى أبيه .

٣٥٠ - ولنذكر بعد ذلك الأحوال التى ذكرها ابن عابدين :

الحالة الأولى - إذا كان من يستحق النفقة أصلاً ، وله عدة فروع قد استوفوا شروط الوجوب اللازم تحققها فى الوجوب عليهم ، فإن ترتيب الوجوب عليهم بالقرب والجزئية ، ولا اعتبار للميراث قط ، لأن علة ثبوتها الجزئية ، وليس للميراث دخل فيها . ولذلك إذا كان للأصل بنت وابن ، فإن النفقة عليهما بالتساوى إن كانت البنت موسرة ، وإن كان له ولدان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فالنفقة على السواء . وإن كان له بنت بنت ،

(١) جاء فى البحر فى حكم ما إذا كان من تجب عليهم النفقة بينهم تفاوت فى اليسار : « فى الخانية إن كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى العنى . والآخر يمتلك لصاحباً ، كانت النفقة على السواء . وذكر فى الذخيرة خلافاً ، وعزاء فى الخانية إل مبسوط محمد ، ونقل عن الحلوانى أنه قال : قال مشايخنا هذا إذا تفاوتوا فى اليسار يسيراً . أما إذا تفاوتوا تفاوتاً فاحشاً وجب أن يتفاوتوا فى قدر النفقة » هذا ما جاء فى البحر ونراه مقبولا معقولا وينبنى أن يكون العمل عليه ، فهو الذى يتفق مع روح عصرنا ، وهو المعقول فى ذاته .

وابن ابن فهما على السواء ، ولو كان الميراث لابن الابن دون بنت البنت ، وإن كان له بنت ابن ابن وبنت بنت ، فإن النفقة على بنت البنت وحدها ، لأنها أقرب ، وهكذا يقدم الأقرب ، وإن كان غير وارث ، فإن اتحدا في القرب ، كانت النفقة عليهما على السواء من غير نظر إلى الميراث .

(الحالة الثانية) إذا كان من يستحق النفقة له فروع وحواش ، فإن كان له أولاد أو أولاد أولاد ، وإن نزلوا ، وله أعمام أو أخوال أو إخوة ، وأخوات فإن الحواشي لا يفرض عليهم شيء مع وجود الفروع الذين يمكن فرض النفقة عليهم ، لاستيفاء الشروط ، بل ينظر في الأمر كأن الموجودين فروع فقط ، ويكون الاعتبار بالقرب والجزئية ، فأيهم أقرب قضى عليه من غير نظر إلى كونه وارثاً أو غير وارث ، كما ذكرنا .

(الحالة الثالثة) أن يكون لمن يستحق النفقة أصول وفروع قد استوفوا شروط الوجوب ، وفي هذه الحال تكون النفقة على الأقرب درجة ، سواء أكان هو الوارث أم كان الوارث غيره . فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، وإن كان الأب دون ابن الابن في الميراث ، فإن تساوى في القرب وكان هناك دليل مرجح ، قدم من يرجح الدليل الوجوب عليه ، فلو كان له أب وابن ، كان الوجوب على الابن ، لأن الدليل يجعل للأب في مال الابن شبهة الملك إذ يقول عليه السلام (أنت ومالك لأبيك) فكان هذا النص دليلاً مرجحاً لوجوب الإنفاق على الابن دون الأب ، فإن تساوا في القرب ، ولا مرجح لأحد الفريقين كانت النفقة على حسب الميراث ، لقوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك) ، فإن كان له أبو أب ، وابن ابن فهي عليهما بحسب ميراثهما ، فيكون على الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة الأسداس ، وإن كان له أبو أب ، وبنت بنت فالنفقة كلها على أبي الأب ، لأنه المنفرد بالميراث .

(الحالة الرابعة) أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع وحواش ، وفي هذه الحالة يلغى اعتبار الحواشي ، لأنهم لا وجوب عليهم مع وجود الفروع ، ويكون الحكم كما إذا اجتمع فروع وأصول من غير حواش ، أى أنه يطبق حكم الحال السابقة تماماً .

(الحالة الخامسة) أن يكون له أصول فقط . فإن كان الأب فيهم . فإن النفقة عليه وحده . لما غلمت من أنه لا يشارك الأب في نفقة ولده الصليبي أحد . سواء أكان ذكراً أم أنثى . فإذا كان أب وأم فالنفقة على الأب وحده لأنه منسوب إليه . وإن لم يكن فيهم أب . وكانوا جميعاً وارثين . اعتبرت النفقة على حسب الإرث . فمن له جد صحيح وإن علا وأم يكون على حسب الميراث فيكون على الجدة الثلثان وعلى الأم الثلث . وإن كان له أم أم . وأم أب . وأبو أب . فإنه يكون على الجدتين السدس تشتركان فيه مناصفة . وعلى الجد الباقي . لأن الميراث كذلك . وإذا كان له أبو أبي أب . وأم أم فالنفقة عليهما أسداساً . عليها السدس وعليه الباقي .

وإن كان بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث . فالنفقة على أقربهم بالمستحق لها . فإن كان له أبو أم وأم فالنفقة على الأم . وإن كان له أبو أم وأبو أبي أب . فإن النفقة على أبي الأم بمقتضى القياس . لأنه الأقرب . وإن كان غير وارث . وهذا الحكم أخذ من تعليلهم (١) . وإن تساوا في القرب قدم الوارث . كأبي أم وأبي أب . فإن النفقة تكون على أبي الأب .

(١) هذا حكم أخذه ابن عابدين بالتخريج على أقوال من سبقوه ولم ينصوا عليه وهذا نص كلامه : « أما اعتبار القرب والجزئية إذا كان فيهم غير وارث فلما في القنية لو كان له أم . وجد لأم فعل الأم . أى ترجيحها بالقرب واختصاصها بالإرث . دون الجد المذكور . وفي حاشية الخير الرمل على البحر . وإذا اجتمع أجداد وجدات لزم على الأقرب ولو لم يدل به الآخر - أى كجد أبي الأم . وجد أبي الأب . ومقتضاء لزومها على أبي الأم » هذا نص ما قاله ابن عابدين . وتراء استنبط ذلك الحكم استنباطاً من غير نص عليه . ولنا أن نخطئه في هذا الاستنباط لأنه على كلام القنية في تقديم الأم على الجد لأم بأنها أقرب . وأنها ترث ولم يعللته بالقرب فقط . وإن الخير الرمل خشي أن يفهم أن تقديم الأقرب إذا أدلى به الأبعد . فقال إنه يقدم وإن لم يدل الأبعد به . وفسر ذلك ابن عابدين بضرب المثل بأبي أم مع أبي أبي الأب . واستنبط الحكم وكان يمكن أن يكون المثل هو أبو أم وأبو أم أم . وفي هذه الأمثلة يكون تقديم الأقرب لاشكالية فيه . ثم إن تعليله كلام . القنية لتقديم الأم على الجد لأم بقربها وإرثها يدل على عدم إلغاء الإرث . ولذا كان الإرث غير ملغى اعتباره . إذا كان أحد الأصولين وارثاً والآخر غير وارث . فأبى ابن عابدين لا يلغى اعتباره . لكن أينظر إليه قبل النظر إلى القرب فيرجع الوارث مطلقاً . أم ينظر إليه بعد القرب . فلا ينظر إليه إلا عند التساوى . أرى أنه ينظر إليه قبل القرب ليستقيم منطق المذهب والفروع لا تتجافى ذلك . وليكون متفقاً مع قوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك) .

(الحالة السادسة) أن يكون له أصول وحواش فإذا كان أحد الصنفين ليس وارثاً ، والآخر وارثاً ، فإن اعتبار الإرث يلغى ، وتكون النفقة على الأصول وحدهم ، ولو كانوا هم غير الوارثين ، فلو كان له أبو أم وأخ شقيق ، فالنفقة كلها على أبي الأم (١) ، وإن كان له أبو أب وعم شقيق ، فالنفقة كلها على أبي الأب لأن أحد الصنفين وارث ، والآخر غير وارث ، لأن أبا الأب هو الوارث ، وإذا كان الصنفان وارثين فإن النفقة تكون على حسب الميراث ، فإن كان له أخ شقيق وأم تكون بينهما أثلاثاً ، على الأم الثلث وعليه الثلثان ، وإن كان له أم أم وعم ، فالنفقة عليهما أسداساً ، عليها السدس وعليه الباقي ، وكذلك إذا كان له أم أب ، وأخ شقيق أو لأب وهكذا .

وإذا تعدد الأصول عند اجتماعهم بالحواشي ، يرجع الأصول فيما بينهم بطريق الترجيح التي ذكرت إذا لم يكن إلا أصول ، ثم ينظر إلى من تجب عليه النفقة على فرض أنه لا يوجد إلا أصول ، ثم يوازن بينه وبين الحواشي وتفرض على أحدهما أو عليهما ، فإن كان للشخص أم أم وأم أب وعم شقيق ، فإن النفقة تكون أسداساً ، على الجديتين السدس تشتركان فيه ، وعلى العم الباقي . وإن كان له عم ، وأم ، وأبو أم ، فإن أبا الأم ليس عليه شيء ، لتقدم الأم عليه ، والنفقة تكون بين الأم والعم أثلاثاً ، وهكذا .

وكان مقتضى القواعد السابقة أنه لو كان للشخص أم وأبو أب وعم ، أن تكون النفقة على الأم وأبي الأب ، فتكون أثلاثاً بين أبي الأب والأم لأن أحد الصنفين وارث ، والآخر غير وارث فتكون على الأصول وحدهم وهم قد تعددوا فيكون التوزيع بينهم كما لو كانوا وحدهم وإذا كانوا وحدهم كان الحكم كذلك ، ولكن ابن عابدين يرى أن النفقة كلها تكون على الجد وحده لأنه لما اجتمع مع العم أو مع أية عصبه سواه من الحواشي فقد قدم عليه

(١) هذا منصوص عليه في أمهات الكتب ، وليس استنباطاً لابن عابدين وهو مأخوذ عن الفقه الحنفى إذ أشرك الحواشي إن كان كلاهما وارثاً ، وأبعد الحواشي عن وجوب النفقة إن انفردوا بالميراث ، وذلك منطبق غريب .

باعتباره قائماً مقام الأب وإذا قام مقام الأب فانه يكون مثله لا يشاركه أحد في نفقة ولده (١) .

وإن منطق ابن عابدين ألا يمكن أن يستقيم الآن على الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، لأنه لا ينجبهم في الميراث ، كما هو مذهب الصاحبين ، والأئمة الثلاثة ، فلا يعد قائماً مقام الأب ، وعلى ذلك تكون النفقة على الأصول والحواشي بنسبة الميراث ، لأن الصنفين كلاهما وارث ، فإذا كان الفقير عاجز له أبو أب وأم وأخ شقيق ، فإن النفقة تكون عليهم بنسبة الميراث ، فيكون على الأم الثلث وعلى الجد مثله ، وعلى الأخ الشقيق كذلك ، وإذا كان للشخص أم ، وأخت شقيقة ، وأبو أب فإن النفقة تكون عليهم ، على الأم الثلث ، وعلى الجد السدس ، وعلى الأخت الشقيقة النصف لأنه في

(١) أصل هذه المسألة أنه جاء في الخاتمة : إذا كان له أم ، وجد لأب ، وأخ شقيق ، قل أبو حنيفة إنها على الجد وحده ، لاهو مذهب الصديق رضي الله عنه ، فالأصل إذن في هذه القضية أن أبا حنيفة يجعل الجد أباً في الميراث ، فجعل النفقة عليه أيضاً عندما يكون أم وجد وإخوة ، إذ لو كان مع الأم أب تكون النفقة على الأب ، إذ لا يشاركه في الإنفاق على ولده أحد . لقد روى عن أبي حنيفة أنه قال ذلك ، ولو لم يكن ثمة إخوة أشقاء أو لأب ، فإذا كان جد صحيح وأم ، فإن النفقة تكون على الجد وحده . ولذا جاء في حاشية البحر لابن عابدين ما نصه ، في حال اجتماع الجد الصحيح مع الأم ، قل الرمي : قال في التتار خاتمة نقلا عن المحيط يجب عليهما أثلاثاً ، بخلاف الأب في ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة على الجد كلها ، وهو أليق بمذهب أبي حنيفة في الميراث ، فإنه يلحق الجد بالأب مطلقاً ، حتى قال الجد أولى من الإخوة والأخوات ، فعل ما روى الحسن الجد كالأب فيها .

هذه نصوص الموضوع في أمهات كتب الفقه الحنفى . وهي تتفق مع آراء أمته وعلى ذلك ينبغي أن يكون أفراد الجد بالنفقة ، وتنزيلة منزلة الأب فيها يقتصر على مذهب أبي حنيفة في كل الأحوال ، لا في حال وجود عصبة من الحواشي فقط ، وهذا غير مذهب الصاحبين ، ولكن ابن عابدين قال : كلما كانت أم وجد صحيح وإخوة أشقاء أو لأب أو عم أو ابن أخ ، فإن النفقة على الجد وحده . لتنزيلة منزلة الأب . وأجد هذا كله مستقيماً على مذهب أبي حنيفة . وإن كان ناقصاً إذ كان يجب أن يكون عاماً ، أما مذهب الصاحبين فإنه لا يجعل الجد الصحيح أباً في الميراث قط ، وعلى ذلك لا ينفرد بوجود النفقة ولو حجب الم وأبن ابن الأخ لأنه لا يوجبهم بوضف كونه أباً في الميراث وهو قريب من مذهب الصاحبين . فإذا كان جد وأم وعم . فالنفقة أثلاثاً على الأم والجد .

هاتين الصورتين وأشباههما لا يمكن أن يكون قائماً مقام الأب يحجب الإخوة والأخوات ، وكان الميراث هنا للصنفين ، فنطبق حكم ما إذا كان الميراث للصنفين .

(الحال السابعة) أن يكون لطالب النفقة حواش فقط ، فإن النفقة تتبع الميراث فإن كان للشخص عم وخال ، فالنفقة على العم ، وإذا كان ابن الأخ وبنت الأخ تكون على ابن الأخ دون بنت الأخ ، وإن كانوا جميعاً ورثة فهي عليهم بنسبة ميراثهم . فإذا كان له أخ شقيق وأخت لأم ، فهي عليهما أسداساً على الأخت لأم السدس ، وعلى الأخ الشقيق الباقي ، وإن كان له عمه وخالة ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، على العمه الثلثان ، وعلى الخالة الثلث ، وذلك لأن الميراث على هذا الأساس .

ويجب أن يلاحظ شرط المحرمية مع ملاحظة أن تكون المحرمية بسبب القرابة ، فلو كان للفقير العاجز ابن عم هو أخوه رضاعاً ، فلا نفقة عليه ، لأن المحرمية ليس سببها القرابة ، وإنما سببها الرضاعة ، والرضاعة لا توجب النفقة ، إنما الذي يوجبها هو القرابة ، فلا بد أن تكون المحرمية بسببها .

٣٥١- هذا إذا كان من ذكرنا من الأصول والفروع والحواشي موسرين ، فإن كان بعضهم موسراً ، والآخر معسراً ، وكان المعسر هو الذي تجب عليه النفقة فإن كان هو الأب أو الابن ، فقد علمت حكمهما ، وهو أنهما لا يعفيان من الإنفاق إلا إذا كان ثمة عجز وعدم قدرة على الكسب مطلقاً ، وعندئذ يكون الابن أو الأب في حكم المعدوم ، وتجب النفقة على من سواه ، ويفرض أنه غير حي ، أما ما عدا الأب والابن ، فإن كان من تجب عليه النفقة معسراً تجب على من عداه ، ويفرض معدوماً غير موجود في صورتين .

(إحداهما) أن يكون أساس الإنفاق هو القرب والجزئية فقط ، كما في نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، فإذا كان للشخص بنت بنت غنية ، وابن ابن فقير ، يفرض ابن الابن معدوماً ، وتجب النفقة كلها على البنت ، إذ لو كان موسراً لكانت عليهما مناصفة . فإذا كان عاجزاً كانت عليها وحدها وكذلك إذا كان ثمة أبو أم معسر وأبو أبي أم معسر ، فإن النفقة كلها تكون

على أبي الأب . ويفرض الأول معدوماً ، وذلك إذا لم يكن ثمة حواش .
(والثانية) إذا كان أساس النفقة هو الميراث ، وكان من تجب عليه النفقة بمقتضى ذلك معسراً ، وهو ينفرد بالميراث ويحجب غيره فإنه يفرض معدوماً لكي تجب النفقة على غيره ، كأن يكون له أخ شقيق ، وأخ لأب وأخت لأب والأخ الشقيق معسر ، وهو من كانت عليه النفقة ، فإنه في هذه الحال يكون في حكم الميت فيمكن فرض النفقة على غيره ؛ إذ أساس نفقة الحواشي الميراث ، وإن فرض حياً لا يمكن فرض ميراثهم ، يفرض ميتاً ، وتجب النفقة في هذه الحال على الأخ لأب ، والأخت لأب أثلاً عليها الثلث وعليه الثلثان ، لأن ميراثهما كذلك .

وإذا كان المعسر الذي وجبت عليه النفقة أو بعضها لا ينفرد بالميراث فإنه لا يفرض معدوماً ، بل يفرض موجوداً ، وتقدر سهام الميراث ، ثم تطرح سهامه وتقسم النفقة على باقي السهام ، فإذا كان للشخص أم ، وأخ شقيق ، وأخت شقيقة وأخت لأم ، وأخ لأم ، والأخ الشقيق معسر ، فإنه في هذه الحال يفرض موجوداً ، وتبين سهام كل واحد ، كما لو كان وارثاً ، فيكون للأم سهم ، وللأخت لأم سهم مثله ، وكذلك للأخ الشقيق سهمان ، وللأخت الشقيقة سهم واحد ، ثم يطرح سهمي الشقيق لعسره . وتقسم النفقة بعد ذلك على أربعة ، وهي عدد السهام الباقية ، ففرض المعسر موجوداً ليعرف مقدار الواجب على كل من الموسرين ، وإذا كان للشخص جد صحيح معسر ، وأم ، وأم أب ، فإن الجد لا يفرض معدوماً ، بل يفرض موجوداً ، ويبين سهمه في الميراث ، وسهم الأم ، فيتبين أن له الثلثين ، والأم الثلث ، ولا يجب عليه شيء ، وتجب النفقة كلها على الأم ، ولو كان الشخص له أم معسرة ، وأم أب ، وعم ، فإن الأم تفرض موجودة ، وتكون النفقة كلها على العم لأن فرض الأم موجودة يحجب الجدة ، فلا يكون لها سهم في النفقة وتكون كلها على العم .

٣٥٢ - تقدير النفقة وطلبها : جاء في البدائع أن نفقة الولاد لا تحتاج

إلى قضاء القاضي لوجوبها . أما نفقة الحواشي ، فإنها تحتاج إلى قضاء القاضي

لوجوبها وكان ذلك الفرق ، لأن نفقة الولاد سببها الجزئية ، فهي من قبيل إحياء الإنسان نفسه أو من هو كنفه ، أما غير الولاد فليست كذلك ، ولقد ترتب على ذلك الحكم أنه إن كان من يجب عليه النفقة غائباً ، ووجبت عليه نفقة أبيه أو أولاده العاجزين ، وله مال ، فإن لم يأخذوه ، وللقاضي أن يأمرهم بأخذ نفقتهم من ماله الحاضر ، ويأمر المودع الذي تحت يده المال باعطائهم إذا كان مقراً بالوديعة ، وكذلك المدين مع أخذ كفيل إن رأى القاضي ذلك ، ولا يعد ذلك قضاء ، بل هو إعانة على أخذ الحق ، وعلى أى حال ليس للمودع أو المدين أن يدفع إلا بأمر القاضي ، وذلك كله إذا كان المال الحاضر من جنس النفقة ، وإذا لم يكن من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوه ليأخذوا ، وليس للقاضي أن يأمر ببيعه ، بيد أن أبا حنيفة أجاز للأب أن يبيع عروض ولده لينفق منها ، وذلك كله لورود النص بأن مال الولد للأب فيه نوع ملك لقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) ولأن الولد كسب أبيه ، وقد خالف في ذلك الصحابان ، لأن الأب ليست له ولاية على ولده الكبير ۞

ويلاحظ أنه إن كان للغائب مال من جنس النفقة ، ليس تحت يده وله عند وديع مال من جنسها ، ودين عند آخر من جنسها ، يأمره القاضي بالأخذ من المال الذي ليس تحت يد أحد ، ثم الذي تحت يد المودع ، ثم المدين ، لعدم تعرض حقوق الآخرين للضياع ، ولا بد أن يفرا بالوديعة والدين أن يعلم القاضي (١) .

أما إذا كان المودع غائباً ، وكان المستحق لها الحواشي ، فإنه لا يثبت الوجوب بل ينتقل الوجوب إلى الحاضرين ، ولو كانوا أقل رتبة منه ، ويفرض كأنه معسر ، وذلك لأن هذه النفقة للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب غير جائز في مذهب أبي حنيفة ، لأنه لا يصح القضاء حتى يسمع كلام الخصم ولذا كان القضاء على الغائب غير ممكن بمقتضى

(١) لو كان مستحق النفقة ابن غائب وليس له مال حاضر ، وله ابن حاضر ، مودع أمر الابن بالاتفاق ! ويرجع بما أنفق على الابن إذا حضر ، لأن الغياب في نفقة الولادة لا يسقط الوجوب ما دامت لا تحتاج إلى قضاء بل يستمر ويقضى على الحاضر . ويكون ديناً عليه .

المذهب الحنفى ، ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب فكانت المصلحة قاضية بأن ينتقل الوجوب على غيره ، ويفرض أنه غير موسر ، ولا بد في فرض نفقة الحواشي من تقدير القاضى وحكمه بها ، أما في غيرها ، فلا يحتاج وجوبها إلى قضاء القاضى كما ذكرنا .

وتقدر نفقة الأقارب مطلقاً بالكفاية ، فتقدر بمقدار ما يسد حاجة القريب المحتاج ، على شرط أن يكون ذلك في قدرة المنفق من غير إرهاق ، بحيث يكون مقدارها فاضلاً عن حاجته الأصلية لأنه صبح في الأثر (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) .

وإذا كان من تجب له النفقة يحتاج إلى خادم يخدمه لزمانة أو شيخوخة ، أو نحو ذلك وجب على المنفق أن يقدم نفقة الخادم وأجرته ما دام ذلك في طاقته ، ويفضل عن حاجته الأصلية .

وإذا كان الفقير زوجة فإن كان المستحق أصلاً والواجب عليه النفقة، فرعه فإنه تجب عليه نفقتها ، وبعض الروايات تفرض نفقة زوجة الأصل سواء أكان محتاجاً إليها لتقوم بشئونه أم غير محتاج إليها ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى وهى أن زوجة الأصل إنما تجب نفقتها إذا كان مريضاً ، أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة ، أما إذا كان صحيحاً فلا تجب ، لأن هذه النفقة للحاجة ، ولا حاجة إلى الزوجة إذا كان صحيحاً لا يحتاج إلى خدمتها ، ووجه الأولى أن نفقة الأصول ليست لسد الحاجة والضرورة فقط ، بل للإحسان الذى أمر الله به في قوله تعالى : « وبالوالدين إحساناً » ولذا وجبت إذا كان الأصل فقيراً غير عاجز ، ومن الإحسان أن ينفق على زوجته إذا كان الفرع في سعة تسمح بذلك ، وتكون هذه النفقة فاضلة عن حاجته كما قلنا .

أما غير الأصل فلا تفرض نفقة لزوجته بل تكون نفقتها على ذى رحم محرم منها يقدمها ، وتكون ديناً على زوجها .

٣٥٣ - سقوط نفقة القريب : إذا وجبت نفقة القريب لا تكون ديناً

في الذمة قط إلا إذا أمر القاضى باستدانتها واستدانها فعلاً ، فإذا حكم القاضى بنفقة قريب ومضى شهر على استحقاقها لا يطالب بنفقة ذلك الشهر الذى مضى ، ولكن يطالب بنفقة الشهر الحاضر ، وذلك لأن هذه النفقة لسد

الحاجة ، وإذا مضى الشهر من غير أخذها فهو دليل أنه استطاع أن يسد حاجته في هذا ، ولكنه إذا استدانها بأمر القاضي أو بأمر المنفق فإنها تثبت ديناً للغريم من أول الأمر على من تجب عليه النفقة ، لأن الاستدانة كانت بالنيابة عنه إن كانت بأمره ، وأمر القاضي كأمره ، لأنه رأى ذلك طريقاً لحمله على أداء ما يجب عليه ودفع ظلم المظل .

وإذا مات من يستحق النفقة قبل أن يأخذها أو يستدينها ، فليس لورثته أن يطالبوا بها ، لأنها لم تثبت ديناً .

واقعد استثنى بعض الفقهاء من هذا الحكم نفقة الصغير على أبيه ، إذ تكون في حكم نفقة الزوجة في الفقه الحنفي ، فلا تسقط بعد الفرض والتقدير بمضى شهر لأنها تكون كنفقة الزوجة ، وقد نقل الزيلعي ذلك عن الدخيرة ، ووافقه من جاء بعده ، وضعفه بعض الكتاب ، ولكن جرى عليه عمل القضاة ، لأنه أرفق بالناس ، لأن الأم قد تضطر للإسقاط شهراً بعد شهر ، ولقد قال والأب يستغل ذلك الاضطراب سبيلاً للإسقاط شهراً بعد شهر ، ولقد قال تعالى : (لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده) .

٣٥٤ - موازنة بين نفقة الزوجية والقرابة : تفرق نفقة القرابة عن

نفقة الزوجية من حيث سبب الوجوب ، ومن حيث شرطه ، ومن حيث ثبوتها في الدمة ، ومن حيث التقاضي الآن في شأنها ، ومن حيث الاختصاص .

(أ) فأما الافتراق من جهة السبب فلأن نفقة الزوجية جزاء الاحتباس

فسببها الزوجية وشرطها الاحتباس أو الاستعداد له ، ولذا تجب سواء أكانت غنية أم كانت فقيرة وسواء أكان هو عاجزاً عن الكسب أم كان غير عاجز ، وإذا تسلمت القدر المفروض وهلك فليس عليه شيء ، لأنه عوض قد وصل إلى صاحبه فإذا هلك فليس عليه شيء ، أما نفقة القرابة فسببها في قرابة الولادة الجزئية ، وفي غيرها الرحم المحرمية ، مع الأهلية للميراث ، والحكمة فيها صيانة الرحم ، ودفع الهلاك عنه ، ولذا لا تجب إلا عند الحاجة إليها ، وإذا أخذ القدر المفروض فهلك عنده وجب أن يقدم له قدر آخر ، لأن المقصد دفع الهلاك ، ولم يتحقق بما دفعه أولاً .

(ب) وأما افتراقهما من جهة الشرط ، فلأن نفقة الزوجية تثبت من غير اشتراط عجز أو حاجة عند الزوجة أو يسار أو قدرة على الكسب عند الزوج بخلاف نفقة القرابة ، فإنه يشترط إعسار طالب النفقة ، وعجزه في غير نفقة الأصول الواجبة على فروعهم ، كما يشترط يسار من يجب عليه النفقة في غير نفقة الولد على أبيه ، والأبوين على ولدهما ، وقد فصلنا ذلك في مواضعه ، فارجع إليه .

(ح) وأما من حيث الثبوت ديناً في الذمة فذهب الحنفية هو المعمول به في نفقة الأقارب من غير تعديل ، وهو أن النفقة للأقارب لا تكون ديناً في الذمة إلا إذا أمر القاضي باستدانتها ، واستدانتها فعلاً ، وفيما عدا ذلك نفقة الأقارب لا تكون ديناً إلا ما اختاره الزيلعي من أن نفقة الصغير على أبيه تكون ديناً كنفقة الزوجية في المذهب الحنفي ، ويثبت من وقت القضاء بها .

أما نفقة الزوجية فإنها بمقتضى مذهب أبي حنيفة تكون ديناً من وقت القضاء أو التراضي على مقدارها ، وعلى حسب المعمول به تكون من وقت الامتناع عنها مع وجوبها ، وإذا كانت ديناً فإنها تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، على حسب المعمول به .

ويجب أن يلاحظ هنا أن نفقة الصغير على أبيه على ما اختار القضاة العمل به تكون ديناً ، ولكن تفرق في العمل عن دين الزوجية ، لأن دين الزوجية دين قوى لا يسقط بالأداء أو الإبراء ، أما دين نفقة الصغير فإنه دين غير قوى كما يسقط بالأداء والإبراء يسقط بموت الصغير ، فلو تجدد للصغير مقدار من النفقة ثم مات ، ولم يكن القاضي أمر بالاستدانة فإنه يسقط ، ومن جهة أخرى نفقة الزوجية تصير ديناً من وقت الامتناع مع الوجوب ، بينما نفقة الصغير لا تكون ديناً إلا من وقت الحكم أو التراضي .

(د) وأما الافتراق من جهة الاختصاص القضائي فلأن نفقة الزوجة يكون حكم المحكمة الجزئية فيها نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به على مائة قرش في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ، ويكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا زاد على ذلك ، ومثل هذا نفقة الصغير على أبيه ، إذ يأخذ حكم نفقة الزوجية بالنسبة لأمه .

أما نفقة الأقارب غير الصغيرة والصغير على غير أبيه ، فإن حكم المحاكم الجزئية فيها مهما يقل المقدار حكم ابتدائي قابل للاستئناف ، لما تحتاج إليه من تحقيق شروط ، وترتيب في درجات الوجوب ، وكل ذلك موضع نظر .

٣٥٥ - ونريد أن نذكر هنا أمرين تنميا لموضوع النفقات على الأقارب :

(أحدهما) أنه من المقرر أن نفقة القريب لا تجب على قريبه إلا إذا كان الثاني موسراً ، وقد يختلفان في تحقيق هذا الوصف ، وقد قرر فقهاء الحنفية أن الأصل هو الإعسار ، حتى يقوم الدليل على خلافه ، وعلى مدعى اليسار إقامة الدليل المثبت اليسار . فإن لم يقمه ، فالقول للآخر مع يمينه ، وإذا كان اليسار ثابتاً في الماضي ، ثم ادعى طروء الإعسار كان القول قول مدعى اليسار وعلى مدعى الإعسار أن يقيم الدليل عليه . وقد جاء في البدائع في باب أخذ الأب من مال ابنه الغائب « إذا حضر الابن فقال للأب كنت موسراً ، قال الأب كنت معسراً ينظر إلى حال الأب وقت الخصومة ، فإن كان معسراً ، فالقول قوله . وإن كان موسراً فالقول قول الابن ، لأن الظاهر استمرار حال اليسار والإعسار والغير خلاف الظاهر » .

(ثانيهما) أن الفقير عاجز عن الكسب إذا لم يكن له ذو رحم محرم ينفق عليه . فإن نفقته تكون واجبة في بيت المال ، وقد فهم بعض القضاة أن القاضي له أن يلزم بيت المال بالإعانة ، كما يلزم آحاد الناس ، فقضى على وزارة المالية بنفقة فقير عاجز . ولكن وزارة العدل أصدرت المنشور رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٢ ، ومنعت به القضاء من سماع هذه الدعاوى (١) .

(١) هذا نص المنشور « علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين وعجزهم عن الكسب ، وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه ، ومن حيث إن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعاً ، لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة شرعاً . وهذه الدعوى غير ملزمة شرعاً .

(أولاً) لما يؤخذ من القنية عن الإمام الوبرى من أن الإمام ليس بملزم قضاء بإعطاء من له سخط في بيت المال ، بل له الخيار في المنع والإعطاء . وأما ما قاله ابن عابدين تعليقاً على عبارة =

(م ٢٨ - الأحوال الشخصية)

وقد بنى المنشور المنع :

(أ) على ما نص عليه في القنية عن الإمام الوبرى ؛ من أن للإمام الخيار في الإعطاء والمنع ، فالدعوى إن سمعت تكون ملزمة بما لا إلزام فيه فلا تصح .

(ب) وعلى أن كتب الفقه تصرح بأن الصرف في مصارف بيت المال ، وخصوصاً الرابع منه مقوض لرأى الإمام ، والبيت الرابع هو الخاص بالأموال التي لا مالك لها ، كالمال الذي لا وارث له ، واللقطة ونحوها .

(ح) وعلى أن الفقير الذي يطالب بالدعوى ليس متعيناً للصرف عليه ، بل هو كالفقير الذي يدخل في عموم الوقف على الفقراء ، فلا يتعين واحد منهم للصرف ، فلا يصح أن يكون واحد منهم متعيناً ولذا ليس لأى فقير أن يرفع الدعوى بحق له .

هذا لب المنشور وممرماه ، ونصه يتجه إلى منع سماع الدعوى ، ويتعلق بعبارات من الكتب ليسوغ المنع حتى إن ابن عابدين إذ يصرح بأن الإمام ملزم بالإعطاء وليس له المنع يحمل عليه كاتب المنشور ، ويحاول أن يشكك في تخرجه ، وتقيده عبارة القنية .

ولنا ننقل لك بعض عبارات الكتب الواردة في هذا الموضوع ، لتعرف مقدار ما في هذا المنشور من صواب ، وقبل ذلك نبين أقسام بيت المال .

القنية من أنه ليس للإمام الخيار في المنع والإعطاء من بيت المال مطلقاً . وإنما له ذلك بالنسبة للمال الذي أخذه صاحب الخط بدون علمه . فهو تأويل منه لصريح القنية . وحل له على خلاف ظاهره . ولم يستند فيه إلى نص من كتب المذهب فضلاً عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها في أبواب بيت المال ، فلا يعول عليه . وقد نقل عبارة القنية شارح الوهابية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء ولم يعلقوا عليه بمثل ما علق به ابن عابدين .

(ثانياً) نص التزيلي وصاحب البحر والبدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال في مصارفها مقوض لرأى الإمام ، وموكل إلى اجتهاده . وظاهر من هذا أن الإمام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين .

(ثالثاً) أن الفقير الذي هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعيناً للصرف عليه منه لتعدد مصارف البيت ؛ فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير في الزكاة . والفقير في الوفاق على الفقراء : لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع منه (٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠)

يقسم الفقهاء بيوت المال إلى أربعة أقسام :

- (القسم الأول) بيت المال الخاص بحصيلة زكاة المال وعشر الزرع .
- (والقسم الثاني) بيت المال الخاص بحصيلة الجزية والحراج .
- (والقسم الثالث) بيت المال الخاص بالغنائم والركاز .
- (والقسم الرابع) بيت المال الخاص بالضوائع ، والأموال التي لا وارث لها .

ولكل بيت من هذه البيوت مصارف خاصة به ، والفقيه له حظ فيها جميعاً . ولكن الفقهاء الذين ذكروا الفقير العاجز الذي ليس له من أهله من يقوم بنفقته قضاء في ضمن مصارف بيت المال الرابع ولم يذكروا معه غيره ، فقد جاء في البحر : « يعطون (أى الفقراء العاجزون) منه نفقتهم . ويكفون به موتاهم ، وتعقل به جنائهم » وجاء مثل ذلك في الزيلعي ، وجاء في البدائع ما نصه : « وأما الرابع فيصرف في دواء الفقراء المرضى وعلاجهم ، وأكفان الموتى الذين لا مال لهم ، ونفقة اللقيط وعقل جنائته ، ونفقة من هو عاجز عن الكسب ، وليس له قريب تجب عليه نفقته ونحو ذلك . وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقها » .

ويلاحظ هنا أن عبارة البدائع تفيد الإلزام ، لا الاختيار ، وأن الكتب الثلاثة قرنتها بعقل الجنائية أى دفع الدية عن قتل خطأ ، ولا عسبة تعقل عنه وهذه لا تكون إلا بحكم القضاء ، فهي مشابهة لطالب النفقة في الإلزام ، من حيث إنها يتناولها الإلزام القضائي .

ولقد جاء في الدر المختار ما نصه : « ومن له حظ في بيت المال إذا ظفر بمال موجه له أخذه ، وموضع النظر ما نقل في شرح الوهابية عن الإمام الفويري ونصه « من له حظ في المال وظفر بمال موجه لبيت المال ، فله أن يأخذه ديانة ، وللإمام الخيار في المنع والإعطاء في الحكم ، أى في القضاء ، انتهى كلامه » .

فقد علق على ذلك ابن عابدين بقوله : « أى الخيار في إعطاء ذلك

الواجب له إذا علم به ، ليعطيه حقه من غيره ، إذ ليس له الخيار في منع حقه من بيت المال . طاعة كما لا يخفى .

وفرى من هذا أن الإمام الوبرى الذى تعلق به كاتب المنشور أجاز أن يأخذ صاحب الحق حقه ديانة ، ومنع أن يقر القضاء فعله ، لكيلا تكون فوضى . فجاء ابن عابدين وخشى أن يفهم من ذلك أن الإمام ليس بملزم ، ففسر الحق القضائى في عدم تعيين ما أعطى بل يعطيه غيره ، وبين أنه لا يخفى على متتبع أقوال الفقهاء ، وذلك حق لأن عبارة البحر تجعل حق الفقير العاجز في البيت الرابع كدية القتل الخطأ عندما تلزم في بيت المال ، وهذه يلزم بها القضاء ، ولأن عبارة البدائع صريحة في إلزام الإمام ، إذ يقول « وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها ، وعلى ذلك كان أمر الإلزام غير خاف ، فالحكم فيه حكم في أمر ملزم لا في أمر يكون فيه الخيار ، وإذا كان غير ابن عابدين لم يعاق ذلك التعليق ، فلأنه لم ير في معنى الإلزام غموضاً يوجب النص عليه ، وإلزام الإمام بالحكم لا ينافى تفويض الأمور إليه ، لأن له أن يدير الدولة باجتهاده ، ويوزع الحقوق بين أربابها ، ولكن إن قصر أو منع حقاً أفلا يوجد من ينهه إليه ، فان ترك رزق المقاتلة والقضاء ، والعاملين عليها أفلا يكون للقضاء سلطة الإلزام بهذه الأجور ؟

وقياس حق الفقير العاجز في بيت المال على حق الفقير في الوقف الموقوف على الفقراء باطل لأن الفقهاء لم يجيزوا للفقير أن يأخذ مال الأوقاف ، لأنه حقه وأجازوا ذلك للفقراء في بيت المال ، ولأن مال وقف معين يضيق عن كل الفقراء ، أما بيت المال فلا يفرض ضيقه عن كل الفقراء ، بل يجب على ولي الأمر سد حاجتهم .

لهذا أرى أن منشور وزارة العدل ضعيف في اعتياده على الفقه ، وإن الفقه على نقيضه ، ولا يصح للقضاة أن يتقيدوا به ، لأن الفقير العاجز له حق مقرر ثابت ملزم للإمام ، وأى فقير له ذلك ، لأن الفرض أن بيت الإمام يتسع لكل الفقراء لا كبعض الأوقاف فالقضاء فيه قضاء لصاحب حق على من عليه الحق .

وإن الأحداث العالمية ، والفن الاجتماعية ، توجب استخراج يتابع الفقه الإسلامى ، وإعطاء الفقير حقه المقرر فيها .

هـ - الحجر والولاية

٣٥٦- هذا هو القسم الخامس من حقوق الأولاد ، يتعلق بإدارة أمراهم والقيام عليهم بالحفظ والصيانة ، وإن ذلك يتبين ببيان الحجر وأحكامه أولا ، والأولياء المالكين وقوة ولايتهم ثانيا ، والأولياء على النفس . ثالثا . ونبتدىء من ذلك بالكلام فى الحجر والمحجور عليهم . ومدى الحجر : ثم نتكلم بعد ذلك فى الولاية المالية والولاية على النفس .

الحجر

٣٥٧- الحجر معناه شرعاً منع التصرف القولى ، أى أن العقود لا تنشأ نافذة تترتب عليها أحكامها التى رتبها الشارع ، وكذلك سائر التصرفات فلا يمحضى الشارع تصرفاً للمحجور عليه . ما دام ذلك التصرف داخلا فى نطاق الحجر ، وسبب الحجر ضعف فى تقدير المحجور عليه . إما لسفه أو صبا ، أو عته أو جنون (١) وإما لحق غير بسبب استغراق الديون لأمواله . وموضع الحجر هو التصرفات القولية ، أما ضمان الأفعال فيكون فى مال المحجور عليه ، ولا يسأل عنه غيره .

وعلى هذا كان المحجور عليهم هم :

(١) الصغير . و (٢) المجنون والمعتوه .

(١) ذكر الزيلعى فى التبيين أن أساس الحجر هو ضعف العقل ؛ فقال : « إن الله سبحانه وتعالى خلق البشر أشرف خلق ، وجعلهم بكامل حكته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام ، وهو العقل ، وبه يسعد من سعد ، وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب فى البشر العقل والهوى وركب فى الملائكة العقل دون الهوى ، وركب فى البهائم الهوى دون العقل ، فمن غلب من البشر عقله على هواه أفضل من الملك ، لما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابرة النفس ، ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم ، قال تبارك وتعالى : « إن هم إلا كالأنعام بل هم أضل » فجعل بعضهم ذوى النهى ، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى : ومصابيح الدجى ، وأبطل بعضهم بما شاء من أسباب الردى : كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكانت معاملتهما ضرراً بأن يستجر من معاملتهما مالمحا باحتياله الكامل ؛ وجعل لهما من ينظر فى مالمحا نظراً خاصاً وعاماً وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والمجنون سبباً للحجر عليهما ، وكان كل ذلك منه رحمة ولطفاً .

(٣) السفية وذو الغفلة . و (٤) المدين .

هؤلاء هم الذين يحجر عليهم ، وقد جاء ذكرهم في كتب الفقه ، وبعضهم لا خلاف بين الفقهاء في الحجر عليه ، وبعضهم فيه الخلاف .

ويذكر بعض كتب الفقه حجراً على ثلاثة غير هؤلاء ، وهم الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاريء المفلس . والحجر على هؤلاء لدفع الضرر العام ، وقد عرفهم الزيلعي فقال : المتطبيب الجاهل بأن يسقيهم دواء مهلكاً ، أو إذا قوى عليهم الداء لا يقدر على إزالة ضرره ، والمفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها ؛ أو الحيل لتسقط الزكاة ، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام ، أو تحريم الحلال ... والمكاريء المفلس هو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال ، وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ، ولا له مال يشتري به الدواب ، والناس يعتمدون عليه ، ويلدفعون الكراء إليه ، ويصرف هو ما أخذ منهم في حاجته ، فإذا جاء وقت الخروج يختفي ، فتذهب أموال الناس ، وتنفوت حاجتهم (١) .

وليس المراد هنا الحجر بمعنى منع التصرف القولي ، بل المراد المنع الحسي بأن يخول ولى الأمر بينهم وبين الناس ، فيضلوهم أو يتلفوا أموالهم أو أبدانهم ، ولذا جاء في البدائع : « ما روى عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أنه ما كان يجرى الحجر إلا على ثلاثة ، المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاريء المفلس ، ليس المراد منه حقيقة الحجر ، وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ، ألا ترى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر ، وأصاب في الفتوى جاز ، ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه ، فدل هذا على أنه ما أراد به الحجر حقيقة ، وإنما أراد المنع الحسى ، أى يمنع هؤلاء من عملهم حساً ، لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لأن المفتي الماجن يفسد أديان المسلمين ، والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم ، والمكاريء المفلس يفسد أموالهم (٢) »

هؤلاء هم المذكورون في الفقه . وقد جاء قانون تنظيم الولاية على المال ، فذكر أمراً قانونياً ، بالنسبة لبعض الضعفاء ذوى العاهات ، فشرع لهم ما سماه المساعدة القضائية . وهى حجر ، وإن لم يكن كاملاً ، وذلك لأنه جعل تصرفات هؤلاء تكون بالاشتراك مع من أقامته المحكمة مساعداً لهم ، وذوو العاهات الذين تقرر لهم هذه المساعدة هم من اجتمع في الواحد منهم عاهتان من الصمم والعمى والخرس ، فن كان أصم أخرس . أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعدر عليه التعبير على إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً ، ومثل هؤلاء من يكون في عجز جسمي شديد (١) .

٣٥٨ - الصغر : الصغر سبب من أسباب الحجر . فلا تنفذ تصرفات الصغر القولية ، لأن الصغر عجز . ولا يتكامل في الصغر العقل ، والتصرفات القولية أساس الالتزام فيها العقل والرضا ، فإذا لم يكن العقل أو كان غير كامل ، فلا يوجد موجب الالتزام في هذه التصرفات .

والصغر من حيث قوة الحجر في الشريعة درجتان ، صغر لا يكون معه تمييز قط وهذا يكون فيه الصغر فاقد الأهلية ، لأنه فاقد التمييز ، فلا انعقد منه تصرف قط ، وعبارته تكون ملغاة لا اعتبار لها ، وصغر مع تمييز ، وهذا تكون عبارته معتبرة ، وتكون تصرفاته القابلة للنفع والضرر منعقدة موقوفة على إجازة من له الولاية المالية عليه ، ولذلك يكون ناقص الأهلية لا فاقدها ، والصبي المميز هو الذى بلغ سنّاً أصبح يميز فيها بين معاني العقود في الجملة ، ويعرف المراد منها عرفاً ، ولا يتصور التمييز في سن دون السابعة ، فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز ما دام لا يعرف معاني العقود ومقتضاها في الناس ، ولا يعرف الغبن والكسب .

وإن التصرفات بالنسبة للصبي المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول - تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهذه تجوز من الصبي المميز

(١) المواد ٧٠ و ٧١ و ٧٢ من قانون تنظيم الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

من غير حاجة إلى إذن الولي كقبول الهبات من غير عوض ، والوصايا ، والاستحقاق في الأوقاف من غير مقابلة أى التزام .

والقسم الثاني - تصرفات ضارة ضرراً محضاً وهذه تصدر عن الصغير باطلة غير قابلة للإجازة . كالتبرعات بكل أنواعها ، والطلاق والعنق وغيرها . وذلك لأن عبارة الصغير المميز . وإن كانت صالحة لإنشاء العقود - التبرع لا يملكه الولي . فلا يملك إجازته فينشأ باطلا . وكذلك كل تصرف يكون ضاراً ضرراً محضاً يصدر باطلا ، إذ لا يجيز له . وكان الولي المالى لا يملك التبرع . لأن ولايته للمصلحة . ولا مصلحة في التصرفات الضارة ضرراً محضاً .

والقسم الثالث - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . وهذه تكون من الصغير المميز موقوفة على إجازة الولي المالى ، فإن أجاز نفذ . وإن لم يجز بطلت ، وإنما تكون الإجازة معتبرة إذا لم يكن في التصرف غبن فاحش ، لأن الولي لا يملك التصرف بغبن فاحش . فأولى ألا يملك إجازته ، ولأن الغبن الفاحش تبرع ، فهو ضار ضرراً محضاً ، فينعقد معه باطلا .

ومن التصرفات المحتملة للضرر والنفع - البيع والشراء ، والإجازة وغيرها من التصرفات التى تعد من قبيل المبادلات المالية .

ولجواز التصرفات المالية من الصبي المميز بإجازة الولي ، أجاز للولي المالى أن يأذن للصبي المميز في التجارة ، فإذا أذن له في التجارة جازت منه كل التصرفات التى من شأنها أن تحتل النفع والضرر فيجوز له البيع والشراء والرهن والارتهان والإجازة والإعارة ، لأن من شئون التجار أن يعير بعضهم لبعض ، ولا يستغنوا عن ذلك عادة ، وهكذا يسوغ كل تصرف يكون مما يجرى بين التجار بالأخذ والعطاء (١) .

(١) وقد اختلف أئمة المذهب الحنفى في الصبي المميز المأذون له بالتجارة إذا باع بغن فاحش ، فقد قال أصحاب إن التصرف يكون باطلا . وقال أبو حنيفة إن التصرف يكون صحيحاً ، وأساس الخلاف أن أبا حنيفة يعتبر التمييز مناط ثبوت الولاية . ولكن لمعجز الصغير وعدم كمال عقله ضم إليه رأى الولي ، فإذا أذن له الولي بتجارة فإنه لا يتولى هذه التصرفات بالنيابة عن الولي ، بل بولايته هو ، إذ لأن رفع الحجر في مدته ، ويصير كأنه كامل الأهلية =

هذه إشارة إلى أحكام الصغار في الفقه الحنفي ، أما ما في قانون الولاية الذي تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فسنشير إليه عند الكلام في البلوغ والولاية .

٣٥٩ - البلوغ : قبل أن نخوض في بيان البلوغ نذكر أمراً جديراً

بالالتفات ، وهو أن سن البلوغ بالنسبة للولاية على النفس وما يتصل بها ، غير سن الرشد المالي . فإن سن الرشد المالي يتبع نظام محاكم الأحوال الشخصية والقانون المطبق . وله في الأحكام الفقهية أصل . وأما الولاية على النفس وما يتصل به فيتبع فيها ما حد للبلوغ في مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه . فبلوغ العاقد الذي هو شرط في نفاذ عقد الزواج يكون ببلوغ الحد الذي ذكرته الشريعة ، وهو دون الحادية والعشرين بيقين .

والبلوغ في الفقه الحنفي كغيره من المذاهب يكون ببلوغ الحلم ، أي ببلوغ الصبي سن التناسل ، وظهور أعراض الرجولة بالنسبة للغلام . وأعراض الأنوثة بالنسبة للفتاة . لقوله تعالى : (وابتلوا النكاح) حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فجعل بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين الصغر والكبر ، ويسمى ذلك البلوغ الطبيعي ، وأدنى سن هذا النوع من البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للغلام . وتسع سنوات بالنسبة للفتاة ، لأن أقل سن يحىء فيها الحيض للفتاة تسع ، وأقل سن يحتلم فيها الغلام اثنتا عشرة . وتسمى هذه سن المراهقة . فإن ادعى الصبي البلوغ الطبيعي بعد بلوغ هذه السن قبل قوله ، لأن الظاهر في هذه الحالة لا يكذبه . والأمر لا يعرف إلا من جهته .

وإذا لم تظهر الأمارات الدالة على ذلك ومضت مدة ، فإن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة بالنسبة للفتى والفتاة معاً . وهذا عند الصاحبين ، وعند أبي حنيفة البلوغ بالنسبة للصغير ثمان عشرة سنة ، وللأنثى سبع عشرة سنة .

فيسوغ منه في شئون التجارة ما يسوغ من كامل الأهلية ، أما الصاحبان فيريان أن الصبي المميز ككل قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ولكن لعدم كمال عقله كانت الولاية في العقود ، وسائر التصرفات المالية للولي ، وهو يتولاها بالنيابة عنه عند الإذن بالتجارة ، والولي لا يملك أن يصرف بغير فاحش ، فكذلك المأذون له في التجارة الذي يتولى بالوكالة عنه .

وحجة الصحابين ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال « عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فأجازني » فالنبي ﷺ قبل ابن عمر في المقاتلين . وهو ابن خمس عشرة ، فدل ذلك على أنه قد بلغ سن الرجال ، فإن القتال لا يكون للصبيان ، ولأن البلوغ الطبيعي لا يتأخر عن هذه السن عادة إلا لآفة ، والطبعي هو الأصل في التقدير ، فكان الحد الأعلى هو هذا عند التقدير بالسن .

وحجة أبي حنيفة ما روى عن ابن عباس أنه قال في تفسير قوله تعالى :
(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) : أشد الصبي ثمانى عشرة سنة . فكان هذا حداً بالسن في مقابل الحد بالطبيعة . وهو القدرة على التناسل ، ولكن الفتاة يسارع إليها البلوغ بدليل أن الحد الأدنى لها في البلوغ الطبيعي أقل من الحد الأدنى للغلام فكان من الضروري أن يكون الحد الأعلى لها أقل . فقدر الفرق بسنة واحدة .

هذا والمفتى به من قديم الزمان هو مذهب الصحابين ، وهو المعمول به في المحاكم الآن ، وأن هذا هو التقدير في كل ما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فالولاية على النفس تنهى في هذه السن ، فيعيش بعدها الغلام كما يشاء ، إلا إذا كان يخشى عليه الفساد ، ويثبت ذلك لدى القضاء كما سنين في الولاية على النفس ، وسن الزواج هي هذه السن ، فيجوز للفتى أو الفتاة أن يتولى عقد الزواج بنفسه . ولا يتولى غيره عنه إلا بتوكيل منه ، ولا سلطان للمحاكم على ذلك ، إلا أن الفتى أو الفتاة إذا كان له تشرف على إرادته المحكمة استؤذنت ، لكي يمكن الاتفاق على ما يقتضيه العقد من إعداد جهاز ، أو دفع مهر ، فالحاجة إلى هذا الاستئذان إنما كانت لأجل المال لا لأجل العقد ، وليس لأبعد أن ينازع أمام المحكمة المختصة ويزعم عدم صحة العقد ، لعدم توافر سن الرشد المالى ، ويلاحظ أن السنة في كل ما تقدم بالنسبة للتقدير الشرعى هي السنة الهلالية لأنها أساس التقدير في الفقه .

٣٦٠ - هذا هو البلوغ بالنسبة للنكاح ، وما يتصل به مما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية ، أما بالنسبة لدفع المال إلى الصبي الذى بلغ فإن شرط الدفع إليه هو الرشد ، وإن صريح الآية الكريمة إذ يقول الله سبحانه وتعالى :

(وابتلوا البتاي ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم) فدفعت المال إذن لابد له من شرطين ، أحدهما البلوغ الطبيعي ، أو ما يقوم مقامه ، وثانيهما الرشد ، وقد فسر ابن عباس الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال ، وإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، وباختلاف البيئات ، فكلما تعقدت المعاملات ونظم الاقتصاد تأخر الرشد والقدرة على المحافظة على المال من الضياع .

ولقد جاء في شرح القانون المدنى للمرحوم فتحي زغلول « باشا » نبذة قيمة في هذا المقام ، ذلك نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية ، ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غرضين فلا يقوى على تقدير الأفعال التي تصدر عنه أو يعتمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه ، ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلافاً كبيراً ، إلا أن منافع الناس ، وضرورة الأمن في المعاملات ، والحاجة إلى وضع حد تنتهي إلى حال الإنسان ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذي يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر وتم له الأهلية ، والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتي عشرة سنة للأثني ، وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون في البداية ، منذ كانت الأمة في نشأتها الأولى ، ساذجة الأخلاق قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محط هذه العناية كلها ، فلما ازدهم المجتمع ، وكثر المال وتنوعت الرغبات والمطالب ، وتشعبت أعمال الإنسان ، وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ، ورهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجل بإقرار الأهلية واضطر الشارع إلى تأجيله زمانها ، فجعله خمساً

وعشرين سنة . ومن الشرائع ما دتمت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة « (١) .

وقد كان فقهاء المسلمين ينظرون إلى الرشد الذى يوجب دفع مال القاصر إليه نظرة تقديرية . ويتركون أمر التقدير إلى القضاء ، ونتيجة الاختبار قبل البلوغ . ولكن جاء الشارع المصرى ، فجعل سن الرشد ثمانى عشرة سنة . وكان العمل على ذلك إلى سنة ١٩٢٥ فلما جاء القانون الصادر فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ رفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة وجاء النص صريحاً فى ذلك التقدير إنما هو بالنسبة للولاية المالية فقط ، أما الولاية على النفس وما يتصل بها مما تطبقه محاكم الأحوال الشخصية . فإنه على الراجح من مذهب أبى حنيفة .

وهذا نص المادة ٢٩ - من ذلك القانون : « تنهى الوصاية أو الولاية المالية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية ، إلا إذا قرر المجلس استمرارها . ومع ذلك متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة . ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ، ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته . والتصرف فيه » .

ويرى من هذا أن تلك المادة تصرح بأن التقدير بإحدى وعشرين سنة إنما بالنسبة للولاية المالية . ولما جاء القانون رقم ٩٩ - لسنة ١٩٤٧ كانت المواد التى حلت محل المادة ٢٩ هى الأولى والثانية والثالثة والرابعة ، وقد نصت المادة الأولى منه على سن الرشد وهى ٢١ سنة فقط جاء فيها : القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة كاملة . وهذا النص جاء فى المادة ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (٢) .

ولاشك أن هذه المادة فيها إبهام فى القانون رقم ١١٩ بالنسبة للفقرة التى هى نظيرتها من قانون سنة ١٩٢٥ لأن تلك بينت أن المراد الولاية المالية

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ .

(٢) وقد حلت محل المادة الأولى من هذا القانون الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أما هذه فلم تبين . ولكنها محمولة عليها ، لأن كل اختصاص القانون في هذا الموضوع خاص بالتصرفات المالية وليس له شأن في مسائل الزواج والطلاق والولاية الترية . والولاية على النفس ، بل ترك كل ذلك لما نحكم به بمقتضى المادة ٢٨٠ إلا ما جاء بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، ولذلك كان زواج السفية صحيحاً ، وكان طلاقه واقعاً وليس لأحد أن يعدى الحجر عليه من المال إلى النفس ، فكذلك الصغير الذى بلغ في الشريعة ، وعلى مقتضى أقوال فقهاءها تكون له الولاية على نفسه ، وتكون الولاية على ماله لولى المال .

٣٦١ - الجنون والعتة : الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها . ويصاحبه اضطراب وهياج غالباً ، والجنون قسمان : مجنون مغلوب أى لا يفيق ، ويسمى جنونه جنوناً مطبقاً ، وهو الذى يستمر شهراً فأكثر . وهذا يحجر عليه بلا خلاف بين الفقهاء إلى أن يمن الله عليه بالشفاء وإن كان يجن ويفيق ، فإن كان لإفاقته أوقات معلومة ثابتة فهو في مدة إفاقته كالعقلاء الراشدين ، وإن كانت أوقات إفاقته غير معلومة في حاشية التبيين ما يفيد أنه هو المعتوه . ولكن الذى في التبيين والكنز أنه يكون غير محور عليه في وقت إفاقته . وفي مرضه يحجر عليه ، أى أنه لا فرق بين من جنون لإفاقته أوقات معلومة ، ومن لا يكون في حال المرض .

والجنون يحجر عليه متى ثبت جنونه ، ويستمر الحجر ما استمر الجنون ويكون فاقد الأهلية . فلا تنعقد بعبارته وقت جنونه العقود والتصرفات ، بل تكون عبارته ملغاة . فهو في الحكم كالصبي غير المميز على سواء .

والعتة مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً صحيحاً ، ويتميز على الجنون بأن يصاحبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرها نوعاً واحداً والذى جاء في الهداية وفتح القدير . وأصول فخر الإسلام ، أن الذى أصيب في عقله إن كان مغلوباً بحيث لا يعقل قط كان هو المجنون ، وإن كان يعقل في بعض الأمور فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان معتوها فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزاً بعض التمييز لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوباً لا يميز شيئاً ما كان معتوهاً ، بل يكون مجنوناً ، ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العتة قسم مقابل للمجنون ، فالعتة على

التفريق (١) .

وإذا وقعت الفرقة لا تحل له حتى يكذب نفسه ، أو تصدقه هي ، فإن كان ذلك حلت له ، واعتبرت الفرقة طلاقاً بائناً ، قد احتسب من عدد الطلاقات التي يملكها الرجل ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا يتصور أن تكون من جانب المرأة ، وكل فرقة كانت كذلك هي من الطلاق لا من الفسخ .

وقال أبو يوسف ، وزفر ، والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق ، وهي توجب التحريم على التأييد ، ولو كذب نفسه ، أو صدقته ، لأن رسول الله ﷺ قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » والتأييد المنصوص عليه في الحديث يقتضى التحريم المؤبد ، ولأن اللعان قد وجد ، وهو سبب التفريق ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها إياه من بعد لا يننى وجود السبب فهو باق فيبقى حكمه ، ولأن الثقة بين الزوجين قد فقدت .

وإذا كان موضوع اللعان نفي نسب الولد ، انتفى نسبه ، ولا يعتبر ابنه بالنسبة للأحكام التي تلزمه فلا يرث منه ، ولا يجب نفقته عليه ، ولكن بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة يعامل كأنه ابنه للاحتياط فلا يعطيه زكاته ، (١) ولو قتله لا قصاص عليه للشبهة ، كما لو قتل الأب ولده . (٢) والحرمية بينه وبين أولاده تثبت للاحتياط لأحكام الشرع (٣) ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر (٤) ولا يعد مجهول النسب ، فلا يصح أن يدعيه غيره .

وإذا كذب نفسه يثبت الولد ، ويزول كل أثر اللعان بالنسبة للولد بالاتفاق (٥) .

(١) وهذا عند أبي حنيفة والصاحبين وعند زفر الفرقة تكون بمجرد تمام اللعان من غير حاجة إلى حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد . وقال الشافعي إن الفرقة تكون بمجرد حلفه هو لأن مجرد الرى من غير بيينة . وتوثيقه بالحلف هو سبب الفرقة ، إذ الثقة من جانبها قد فقدت ، فحق الفراق .

(٢) وإنما قال أبو يوسف إن النسب يثبت في هذه الحال ، مع أنه قرر أن التحريم لا يزول ، لأن الحديث إنما ورد في التفريق ، وللمحافظة على حق الولد ، ولأن اللعان لا يقتضى في النسب :ائماً ، فلا مانع من تحققه مع ثبوت

ويحكم بالحجر على البالغ المجنون أو للعتة أو للغفلة ، أو للسفه . ولا يرجع الحجر إلا بحكم .

٣٦٣ - السفه : هو الذى لا يحسن القيام على شئون ماله وتدبيره ، وينفق فى غير موضع الإنفاق ، والحجر على السفه هو رأى جمهور الفقهاء . وقد خالفهم أبو حنيفة وزفر ، وللسفه حالان .

(إحداهما) السفه الذى يصاحب البلوغ ويقترن به ، ويستمر بعده .

(والثانية) السفه الذى يطرأ بعد ذلك .

أما الحال الأولى : فقد وافق أبو حنيفة سائر الفقهاء فى أن ماله لا يدفع إليه (١) ، وأما جواز تصرفاته فيه ففيه عنه روايتان :

(إحداهما) أنه لا يمنع من العقود والتصرفات ، لأن منع دفع المال إنما هو لعجزه عن صيانتها . وللحجر عليه ، ولكن لا تنفذ إلا بعد أن يتسلم ماله .

(والرواية الثانية) أن عقوده وتصرفاته لا تنفذ فيه حتى يرشد .

وتستمر هذه الحال عند أبى حنيفة حتى يبلغ الخامسة والعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله ، ولو كان سفياً ما دام عاقلاً ، وذلك لأن المنع كان الغرض منه التهذيب والتربية ، وإذا بلغ الخامسة والعشرين ، وهو على هذه الحال ، فقد تجاوز سن التربية ، فليترك حبله على غاربه ، وليسلم إليه ماله ، ودروس الحياة تتولاه ولقد قال رضى الله عنه : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جذاً ، فأنا أستحي أن أحجر »

(١) إذا بلغ الصبى سفياً فقد اختلف الفقهاء فى مدى منعه من ماله والتصرفات فقد قال أبو يوسف إن الحجر بسبب الصغر يزول بالبلوغ ، ولكن يكون حجر بسبب السفه ، وهذا يكون بحكم القاضى ، ولا تكون الولاية للأب أو الجد ، بل تكون لمن يقيمه القاضى هما أو غيرها .

وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه بحكم القاضى ولكن يمنع من ماله فقط إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين ، وهذه الروايتان عنه . وقال محمد والشافعى لا يزول الحجر بالبلوغ سفياً ، بل يستمر ويكون الول هنا من كان عليه فى صغره .

أما السفه الطارىء أو السفه المستمر بعد الخامسة والعشرين فهذا موضع الخلاف بين أبي حنيفة وجمهور الفقهاء . فجمهور الفقهاء أجازوا الحجر عليه ومنع أبو حنيفة ذلك الحجر .

وحجة أبي حنيفة (أ) أنه مخاطب بكل ما فى القرآن والسنة . ومكلف القيام بما جاء فيهما من الوفاء بالعقود . إذ يقول الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وإن عدم نفاذ عقوده منع له من القيام بواجب الوفاء الذى أمر الله به ، ولم يسقط عنه التكليف فيه . فالحجر عليه مصادرة لأمر الله سبحانه .

(ب) وإنه روى أنس أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفى عقده ضعف ، فأق به أهله النبي ﷺ فقالوا يا نبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع ، وفى عقده ضعف ، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع فقال يا رسول الله إني لا أصبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا بعث فقل ، لا خلافة ، ولى الخيار ثلاثاً » .

ولو كان الحجر على الكبار العقلاء سائفاً لحجر عليه النبي ﷺ . وقد بدا سفهه وضعف رأيه ، فكان هذا دليلاً على أنه لا يسوغ الحجر على العقلاء . ولو كانوا سفهاء لا يحسنون تدبير المال .

(ج) وإن الشخص يبلوغه عاقلاً بلغ حد الإنسانية فأى منع له من التصرفات أذى لإنسانيته ، وإهدار لكرامته ، وإنها فوق المال ، فليس من مصلحته الحجر عليه ، وليس من مصلحة الجماعة . لأن من الخير لها أن تنتقل الأموال إلى أيدٍ تدبرها بدل أن تبقى فى يد لا تحسن القيام عليها .

(د) وأن السفه بالاتفاق غير محجور عليه فى شئون الزواج ، فله أن يتزوج ويطلق ، فأولى أن يسوغ له البيع والشراء وكل المبادلات المالية لأن الزواج أخطر شأنًا ، وأبعد فى حياته أثراً وأوجب للاحتياط .

هذه حجة أبي حنيفة ، وحجة الصاحبين وجمهور الفقهاء :

(أ) قوله تعالى : (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ، وقولوا لهم قولاً معروفاً) فدلّت هذه الآية على أن السفه لا يسلم إليه ماله ، وأنه فقط يرزق ويكسى منه .

(ب) ولقد روى أن علي بن أبي طالب طلب أن يحجر على عبد الله بن جعفر بن أبي طالب لسفهه ، وما كان لمثل علي بن أبي طالب في علمه وملازمته للنبي ﷺ أن يطلب طلباً غير جائز شرعاً .

(ج) وإن مصلحة السفه المالية في منعه ، فإنه إن ترك وشأنه صباع ماله وكان كلا على الناس ، وكذلك من مصلحة ورثته ذلك ، لأنه بإسرافه قد يتركهم عائلة يتكففون الناس .

٣٦٣- ومع أن الصاحبين قد اتفقا على أن السفه يحجر عليه ، قد اختلفوا في وقت ابتداء الحجر ، فقال أبو يوسف إن الحجر يبتدىء من وقت حكم القاضي بالحجر ، وقبل ذلك لا حجر عليه ، بل تصرفاته كلها نافذة ، لأن الحجر على السفه موضع خلاف ، إذ خالف فيه أبو حنيفة وزفر ، فلا بد من ترجيح بحكم القضاء ولأن فساد التدبير أمر يحتاج إلى تقدير فقد تختلف في الأمر الأنظار ، فإراه بعضهم نفعاً ، وإراه غيرهم ضرراً ، ولا يفصل في ذلك إلا حكم القضاء ، ولأن السفه أمره متردد بين ضررين ، ضرر الحجر ، إذ فيه إهدار لكرامته ، وذلك ضرر ، وضياح ماله ضرر آخر ، فلا بد من الموازنة بنظر القاضي ، ليعرف مدى الضرر في الحالتين ، وينفذ ما فيه أقلهما .

وقال محمد إن الحجر يبتدىء من وقت وجود السفه ، لأن القضاء ليس هو سبب الحجر ، ولا شرطاً في السبب إنما سبب الحجر هو التبذير ، وإتلاف المال ، ومتى وجد السبب وجد المسبب لا محالة ، لأن الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر ، والحجر فيهما لمعنى في ذات المحجور عليه ، والحجر في العته يبتدىء من وقت وجوده ، فالحجر للسفه كذلك يبتدىء من وقت وجوده ، وإن رأى أبي يوسف هو الذي نميل إليه (١) وهو

(١) يوافق مالك والشافعي أباً يوسف ، وقد جاء في أحكام القرآن للقرطبي ما نصه « اعطى العلماء في أفعال السفه قبل الحجر ، فقال مالك وجميع أصحابه لغير ابن القاسم أن فعل السفه وأمره كله جائز حتى يضرب الإمام على يده ، وقال أصبغ إن كان ظاهر السفه فأنفاله مردودة ، وإن كان غير ظاهر السفه فلا ترد أنفاله ، حتى يحجر عليه الإمام ، واحتج بمخون لقول مالك بقوله : « لو كانت أفعال السفه مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان إلى أن يحجر على أحد » .

(م ٢٩ - الأحوال الشخصية)

الذى يتفق مع نظام التعامل ، إذ أننا لو أبطلنا تصرفات السفية قبل الحكم لأضر ذلك بحقوق الذين عاملوه على أساس رشده ، وما كان لهم علم بسفيهه ، وإن العقود ، وكل تعامل يجب أن يكون لها قوة من القرار والثبات ، بحيث لا يضار أحد باضطرابها وفسادها بعد صحتها .

وإن ذلك رأى هو الراجح فى المذهب الحنفى ، فقد جاء فى كتاب ابن عابدين بعد بيان الخلاف ما نصه : « وظاهر كلامهم ترجيح قول أبى يوسف على قول محمد » (١) .

٣٦٤- ذو الغفلة : هو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الراجعة فيغبى فى المعاوضات ، لسهولة خدعه . وقد يعبر عنه بالضعيف ، وهو يتشابه مع السفية فى تصرفاته من حيث فساد الرأى وسوء التدبير ، وإن كان السفية فيه ذكاء أحياناً ، وهو يقصد إلى الإلتلاف غير عابىء ولا مهتم ، وذو الغفلة لا يقصد إلى الإلتلاف بل فيه غباء كان هو السبب فى سوء تدبيره ، وفساد تقديره .

ولذلك تشابهها فى الإحكام ، فأبو حنيفة مع الحجر عليهما ، والصاحبان والشافعى وأحمد حجروا على ذى الغفلة كما حجروا على السفية ، وفى مذهب مالك بالنسبة لذى الغفلة قولان ، أحدهما أنه يحجر عليه .

واختلف الصاحبان فى وقت الحجر كالسفيه ، فقال محمد من وقت ثبوت غفلته ، وقال أبو يوسف من وقت الحكم ، والراجح قول أبى يوسف .

٣٦٥- وموضع الحجر فى السفية وذى الغفلة هو التصرفات المالية الخالصة ، أما فيما عداها فهم كالرشداء إلا ما يمس جانب المال ، فإنه يكون مقيداً ، ولنبين ذلك بعض التبيين ، فنقول :

يقسم فقهاء الحنفية التصرفات إلى قسمين :

(١) تصرفات قابلة للنقض ، وهى التى يفسدها الزل ، وهذه هى التصرفات المالية ، وهى موضع الحجر على السفية وذى الغفلة .

(٢) وتصرفات لا تقبل النقص ، وهي التي لا يفسدها الهزل ، وهي النكاح والطلاق والعناق . للأثر الوارد بأن هذه الثلاثة « جدهن جد وهزلن جد » وقد فرضوا أن عبارة السفية كعبارة الهازل لضعف إرادته ، لأن الهازل الذي يقصد بعبارته اللعب بهذه الأمور الخطيرة عبارته كعبارة العاقل الذي لا ينجح في تصرفاته المالية منهاج العقلاء . وهو السفية ، وذو الغفلة .

ولذلك كان الزواج والطلاق والعناق لا حرج فيها بالنسبة للسفية وذو الغفلة ولما في الزواج من جانب مالي يجيء التقييد في الالتزام المالي . لا في أصل العقد ، ولذلك إذا عقد أحدهما بأكثر من مهر المثل انعقد الزواج ، ولكن لا يلزم إلا مهر المثل ، ولا يؤدي القيم عليه غيره ، وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل في ضمن مواضع الحرج ، ولأن الزواج في ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، أما تسمية المهر فإن الهزل يفسدها ، لذلك كانت في موضع الحرج ، فلا يلزم إلا مهر المثل .

أما التصرفات المالية فهي موضع الحرج ، وهو فيها كالصبي المميز من حيث إن التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبات والوصايا . تنفذ منه من غير إجازة أحد ، والدائرة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة القيم عليه وإن التصرفات الضارة ضرراً محضاً لا تنعقد منه ، ولو أذن له القيم ، لأن القيم لا يملكها ، فلا يملك الإذن بها .

ولكن استثنى من ذلك الوصية التي يجوز أن تحدث من ذوى الرشد ، والوقف على النفس ومن بعده على من يشاء ، وذلك لأن الحرج عليه للمحافظة على ماله ، لكيلا يصبح كلا على الناس ، والوصية تصرف لا تنفذ آثاره إلا بعد الوفاة فلا يضره في حياته ، والورثة قد حفظ حقهم بعدم تنفيذها في أكثر من الثلث إلا بأجازتهم . والوقف على النفس ما دام حياً فيه محافظة على ماله من الضياع ، وذلك مقتضى الفقه الحنفى .

وفي الجملة إن السفية وذو الغفلة بالنسبة للتصرفات كالصبي المميز ، إلا في أمور قد لخصها الإمام بقوله :

« المحجور عليه (أى السفية وذو الغفلة) بمنزلة الصبي إلا في أربعة :

(أحدها) أن تصرف الوصى في مال الصبي جائز . وفي مال المحجور عليه باطل .

(والثاني) أن إعتاق المحجور عليه وطلاقه ونكاحه جائز . ومن الصبي باطل (والثالث) المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز .

(والرابع) جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه ، ومن الصبي لا يثبت .

هذه حدود الحجر على السفیه وذی الغفلة فی الشریعة ، ویلاحظ أنهما مکلفان التکلیفات الشرعیة کلها ، من صیام وصلاة وحج وزکاة . ولزوم کفارات وغیر ذلك من التکلیفات الّتی کلف الشارع الإسلامی العقلاء القیام بها ، کما أنهما مسئولان عن الجنایات الّتی تقع منهما مسئولیة جنائیة كاملة فتزول بهما کل العقوبات الّتی تنزل بغیرهما من العقلاء .

٣٦٦ - هذا وإن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد أتى بأحكام خاصة بالسفیه . وذی الغفلة تتقارب تمام التقارب من أحكام الصبی البالغ ثمانی عشرة سنة بالنسبة للتصرفات المالیه ، ویلاحظ أن السفیه ومثله ذو الغفلة بالنسبة للتصرفات غیر المالیه لا تخضع لأحكام هذا القانون ، فله أن یتزوج من غیر استئذان المحكمة ، ویطلق كذلك ، أما فی التصرفات المالیه . فإنها موضع الحجر .

وكان القانون الصادر قبل ذلك أجاز له أمرین بالنص .

(أحدهما) أنه یجوز له أن یقف أمواله أو یوصی بها بشرط استئذان المحكمة الحسبیه وإذنها فإذا لم تأذن لا تنعقد وصيته ولا وقفه ، وهذا تقيید بعید عن الفقه ، لأن الفقه أطلق له فی الوصیه ما دامت غیر محرمة ، ومن شأنها أن تحدث من العقلاء ، وأجاز الوقف ما دام علی النفس أولاً ، وإن تقيید الوصیه لیس بسائغ قط ، لأن الوصیه تكون فی کثیر من الأحيان فی وقت لا یتسطیع فیهِ استئذاناً ، وانتظار إذن ، ولأن الوصایا قد تكون دفعاً لتقصیر فی واجبات دینیة كانت واجبة ، وهو مکلف کل التکلیفات الشرعیة

فلا يصح أن نحرمه من تدارك ما فاتته ، ولا يصح أن يكون مكلفاً ، ونحول بينه وبين القيام بتكليفاته ، ولذا يجب أن يطلق ما أطلقه الفقه .

(ثانيهما) أنه يجوز للسفيه وذى الغفلة أن يتسلم كل أمواله أو بعضها ، ويتولى إدارتها تحت إشراف القيم عليه والمحكمة ، وذلك بإذن من المحكمة المختصة ، وفي هذه الحال يكون كالصبي (١) المميز إذا تسلم أمواله ليدبرها ، وذلك يكون إذا بلغ ثمانى عشرة سنة ، وأحكامهم في هذا مشتركة .

ولأنه يلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أبقى الأمر الثانى ، وهو الخاص بالإذن لهما بالإدارة ، وترك الأول من غير ذكر له مكتفياً بما ذكر منه في أحكام الوقف وقانون الوصية ، وقد ألغى الوقف الأهلى فيما عدا الوقف على النفس فلا يزال لوقف السفيه موضع .

وقد بين القانون ما يجوز لهما إذا توليا إدارة أموالهما أو بعضها وبين ما يدخل في الإدارة وما لا يدخل ، وأنه يدخل في أعمال الإدارة أعمال الصيانة الضرورية لحفظ المال ، وكل عمل من الأعمال تقتضيه الإدارة كبيع

(١) هذه الأحكام وغيرها اشتملت عليها المواد ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٢ وهذا نصها :

مادة ٥٦ - للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يبيع ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ، ولا أن يبيع بالديون الأخرى ، ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر أو بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقاتهم قانوناً .

مادة ٥٧ - لا يجوز للقاصر سواً أن كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وأذنت المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو حقيداً .

مادة ٥٨ - على المأذون له في الإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، والمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها .

مادة ٥٩ - إذا قصر المأذون في الإدارة في تنفيذ ما نصت به المادة السابقة . أو أساء التصرف في إدارته . أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

المحصولات وشراء ما يلزم للمحصولات . وقد قيدت بعض الأعمال بإذن خاص ، فإجارة المباني والأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة لا تكون إلا بإذن خاص ، كما أنه لا يجوز لهما التجارة إلا بإذن خاص مطلقاً أو مقيداً ، وليس للمأذون أن يستوفى حقاً أو يوفى ديناً إلا إذا كان ذلك الدين مترتباً على أعماله . أما إذا كان الدين غير مترتب على عمله . بل كان سابقاً على إدارته ، فإنه ليس له أن يوفيه إلا بإذن خاص به .

ويعتبر المأذون له بإدارة أمواله أو بعضها كامل الأهلية فيما أذن له فيه . وله التقاضي فيه ، بيد أنه لا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بما يلزم لسد نفقاته وسد نفقات من تلزمهم نفقته قانوناً ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوافر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز سحب شئ منه إلا بإذن منها .

وعليه أن يقدم حساباً سنوياً للمحكمة يطلع عليه الولي أو الوصي ، وتأخذ رأيه فيه . ومنه تعرف مقدار حسن إدارته أو سوءها .

وللمحكمة أن تسلب السفهية أو ذا الغفلة ما أعطته من حق الإدارة ، أو تضيق دائرة الإذن من تلقاء نفسها بعد تقديم الحساب ، وثبوت سوء إدارته أو بطلب من الولي أو الوصي أو غيرهما من أصحاب الشأن الذين بهمهم أمر المحجور عليه ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، وذلك إذا تبين أن بقاء الإدارة له أو بقاءها كاملة يعرض أمواله للضياع ، بأن أساء التصرف فعلاً ، أو قامت أسباب جعلت المحكمة تتوقع ذلك .

وفي كل هذه الأحكام كان السفهية وذو الغفلة إذا توليا أموالهما ، كالصبي إذا تولى ماله تماماً ، بيد أن الصبي لا يؤذن له بذلك إلا إذا بلغ ثمانى عشرة سنة ولا يؤذن له قبل ذلك ، إلا في إدارة ماله الذى كسبه عن عمله ، كأن تكون له حرفة يكسب منها ، فإن له أن يدير أمواله التى تكون نتيجة كسبه ، وإذا لزمته ديون نتيجة هذه الإدارة ، فإنه يكون ضامناً لهذه الديون بمقدار الأموال التى كسبها ويديرها . وإن شرط في إدارة هذا النوع من المال أن يكون قد بلغ السادسة عشرة من عمره . وللمحكمة أن تقيد تصرفاته في ذلك إن كانت مصلحة . وقد أجاز المرسوم بقانون رقم ١١٩ للقاصر أن يتصرف

فما يوضع تحت يده من مال لنفقته ، ويصح التزامه في حدود هذا المال ، كما أجاز له إبرام عقد العمل الفردى .

٢٦٧- المدين : قرر جمهور الفقهاء أن المدين إذا امتنع عن أداء دينه كان للدائن ملازمته ، وطلب حبسه ، وأجيب طلبه إن تبين للقضاء عسره ، وذلك لأن مطل الغنى ظلم ، والظلم يجب رفعه ، فيحمل المدين على رفعه بالحبس إلى أن يؤدي ما عليه من حقوق ثابتة حكم بها القضاء ، وهو يستطيع أداها إذا ثبت أن لديه من المال ما يؤدي منه .

والفقهاء مع ذلك قرروا أن المدين يحجر عليه ، ويبيع ماله لسداد دينه ، وقد خالف أبو حنيفة جمهور الفقهاء في هذين الأمرين ، فدفع الحجر على المدين ومنع بيع ماله لسداد دينه . ولم يوافقهم إلا في حبس المدين القادر وملازمته حتى يوفى . فوضع الخلاف إذن بين أبي حنيفة والصاحبين ، ومعهم جمهور الفقهاء أن أبا حنيفة يمنع الحجر على المدين ويبيع ماله ، والصاحبان يريان مع جمهور الفقهاء الحجر على المدين ويبيع ماله .

والحجر يكون إذا كانت الديون مستغرقة كل ماله ، ويكون موضوع الحجر هو المال الذى كان للمدين وقت الحكم بالحجر ، أما الذى يكتسبه بعد الحجر عليه فأقواله تنفذ فيه ، ولا تحتاج في نفاذها إلى إجازة الدائنين . والحجر على المدين لا يكون إلا من وقت قرار القاضى بالحجر . فتصرفاته كلها نافذة قبل صدور القرار ، وقد اتفق على ذلك أبو يوسف ومحمد . وأبو يوسف سار على أصله الذى قرره فى السفية ، وهو أن الحجر يبتدىء من وقت حكم القاضى ، أما محمد فهو الذى يختلف عنده الأمر فى الحجر على السفية ، وعلى المدين . ووجه الفرق أن الحجر على السفية لمعنى فيه ، وهو سوء اختياره فأشبه العته والجنون ، فيكون الحجر من وقت السبب . أما الحجر على المدين فهو لحق الغرماء ، حتى لا تضيع حقوقهم بتصرفه ، فيتوقف على قضاء القاضى ، لأنه من باب العمل على إيقاف الحقوق ، ورفع الظلم ، فيكون ملزماً من وقت صدوره .

وكل تصرف بعد الحجر لا ينفذ إلا بإجازة الدائنين ، وإن لم يجزوه

لا ينفذ حتى يسدد الدين ، وإقراره بدين لا يلزم الدائنين ، ولكن عليه أدائه بعد زوال الحجر ، أو من ماله الذى استفاده بعده .

وحجة الصاحبين في جواز الحجر على المدين أن مصلحة الناس في ذلك الحجر لأنه لو نفذت تصرفاته وإقراراته لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين إذ يبيع أمواله بيعاً صورياً ليهرب من أداء الديون ، أو يقر بالمال لغير الدائنين ، فتذهب حقوقهم ظلماً ، ويجب الاحتياط لحفظ الأموال ، وهو ظالم بالامتناع عن الأداء ، ومن جهة أخرى فإن الديون لما استغرقت أمواله صارت حقوق الدائنين متعلقة بها ، إذ أصبحت ذمته وحدها لا تفوى على الانفراد بتحملها ، فإن تصرف بعد ذلك ، فقد تصرف في مال قد تعلق به حق الغير .

وحجة أبي حنيفة في منع ذلك أن الحجر عليه فيه ضرر أكثر من الضرر اللاحق بالدائنين في تأخر ديونهم ، وأنه يمكن الجمع بين حقه في حرية التصرف وتنفيذه ، وحقوقهم في الاستيفاء . وذلك بحبسه وحمله على الوفاء ، وإن خوف بيع التلجئة بأن يبيع بيعاً صورياً ويضيع حقوقهم أمر غير واقع بل متوقع ، ولا يصح أن يدفعنا الحرص على حقوق الدائنين إلى إنزال ظلم واقع بالمدين لخشية ظلم متوقع للدائنين .

هذا هو موجز ما قاله أئمة المذهب الحنفى في الحجر على المدين .

أما الأمر الثانى : وهو بيع مال المدين جبراً عنه لوفاة ديونه فقد قرر الصاحبان مع جمهور الفقهاء أن البيع يجوز إذا طلب الدائن وأمر القاضى ، سواء أكانت أموال المدين مستغرقة بالديون أم كانت غير مستغرقة ، بل يجوز الأمر بالبيع ، ولو كانت الديون لا تستغرق المال ، وقد خالف في ذلك أبو حنيفة ، وقال لا يجوز بيع مال المدين لوفاة دينه بغير رضاه ، لأن النبى ﷺ قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه » ونفس المدين لا تطيب ببيع القاضى جبراً عنه ، ولأنه مطالب بأداء ديونه ، وليس البيع متعيناً طريقاً للأداء ، فليس متعيناً سبيلاً لرفع الظلم ، وليس للقاضى أن يلجأ إليه ، لأن من حقه رفع المظالم مع سلوك ما يتعين طريقاً لرفعها ، وليس هذا متعيناً طريقاً لرفعها .

وحجة الصاحبين أن النبي ﷺ باع مال معاذ بن جبل في دين ركه .
وأن عمر بن الخطاب باع مال مدين في دينه ، وقال في جمهرة المسلمين :
« ألا إني بائع ماله فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ، فمن كان له عليه دين
فليقد » ولأن من يمتنع عن الوفاء بحق وجب عليه ، وقد استحق الوفاء ،
يقوم القاضى مقامه في ذلك ، لأن امتناعه ظلم ، وللقاضى ولاية رفع المظالم .

وقول الصاحبين هو المفتى به . ويبدأ في بيع أموال المدين ببيع ما يخشى
عليه التلف من عروضه ، ثم ما لا يخشى عليه من العروض أيضاً ، ثم ببيع
العقار ، لأن ذلك أصلح للمدين ، إذ العقار لا يرغب فيه في كل الأوقات .
وعرضه قد يبخس ثمنه ، ولقد قال الزيلعى في هذا المقام : « الحاصل أن
القاضى نصب ناظراً ، فينبغى له أن ينظر إلى المدين . كما ينظر إلى الدائن ،
فيبيع ما كان أنظر إليه ، ويبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له » .

٣٦٨ - ذوالعاهات : قلنا إن القانون الخاص بالقصر اعتبر ذا العاهتين
من العمى والخرس والصمم محتاجاً إلى مساعدة قضائية . فمن كان أصم
أخرس ، أو أعمى أصم ، أو أعنى أخرس . وتعذر عليه بسبب اجتماع
هاتين العاهتين التعبير ، جاز للمحكمة الحسبية أن تعين له من يعاونه في
التصرفات التى يعقدها . وهذا المعاون ليس له سلطان إنشاء التصرفات
منفرداً ولكن له نقضها والاشتراك فيها ، فإنه بعد إقامته يكون له الحق في
إبطال كل تصرف من التصرفات التى تقرر المساعدة فيها ، إذا صدر ذلك
التصرف من ذى العاهتين من غير معاونة من عينته المحكمة مساعداً له
ومستشاراً ، ويبتدىء ذلك الحق له من بعد صدور قرار المساعدة وتسجيله .
ليعلم الذين يعقدون عقوداً معه أن تصرفاته قابلة للنقض (١) .

وهذا النوع من الإشراف قد أتى به قانون المحاكم الحسبية . والمرسوم
بقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو ليس غريباً عن الفقه الإسلامى من كل
الوجوه ، إن في قوله تعالى في آية المداينة : (فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً
أو ضعيفاً ، أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) ما قد يفيد ذلك ،

(١) يراجع في هذا المواد ٧٠ و ٧١ و ٧٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فقد فسر القرطبي الضعيف بأنه المدخول الناقص القطنة العاجز عن الإملاء ، إما لعتة أو لخرس أو جهله بأداء الكلام ، وإذا كان ذو العاهتين ضعيفاً وجب أن يكون معه من يعاونه ، وجعل المعاونة في إبطال التصرف أو الاشتراك فيه إن كان فيه ضرر احتمالى قد سوغه النبي ﷺ ، إذ قال لحيان ابن منقلد « إذا بعث فقل لا خلافة ، ثم أنت في كل سلعة تتبعها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فارددها على صاحبها » فهو قد أعطاه حق الإبطال بعد استشارة أهله والمتصلين به ، فجاء القانون ، وجعل حق الإبطال والاشتراك لمعاونه ، وجعل تسجيل قرار المعاونة كإعلان لمن يتعاملون معه بأن تصرفاته بالخيار ، أى يجوز فسحها ، فلا يضار أحد بمعاملته .

وقد أضاف المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، إلى ذوى العاهات من يكون في حال عجز جسمي شديد ، فكان للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً .

فقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠ - ما نصه . « ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » .

الولاية

٣٦٩ - قلنا إن المولود تثبت عنه ثلاث ولايات :

- (١) ولاية التربية الأولى ، وهي الحضانة وقد تكلمنا عنها .
- (٢) ولاية المحافظة على نفسه وصيانيته ، وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى بلوغه غير مفسد ، كما تثبت على المجنون والمعتوه وعلى البكر من النساء ، والتيب إن كانت غير مأمونة على نفسها .
- والثالثة الولاية المالية ، وتثبت على الصغار والمجانين والمعتاه ، والسفهاء وذوى الغفلة ، والضعفاء ، هي درجات تختلف قوة وضعفاً بحسب اختلاف حال المولى عليهم .
- ولتكلم أولاً على الولاية على النفس ، ثم نتكلم على الولاية المالية .

الولاية على النفس

٣٧٠ - عمل الولي على النفس أمران :

(أحدهما) تتميم تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانة ؛

(ثانيهما) الحفظ والصون بعد البلوغ وتولى عقد الزواج لمن كان قاصراً .

والولي على النفس هو العصابة من الذكور على رأى صاحبين ، وكل قريب على رأى أبى حنيفة ، والعصابات جهات أربع البنوة والأبوة . والأخوة والعمومة . فإن كان الولي العاصب واحداً . فالولاية له وحده من غير شريك له . وإن تعدد الأولياء كانت الولاية لأقربهم جهة . وجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، والأبوة على الأخوة . والعمومة هي الأخيرة . فإن تعددوا وكانت الجهة واحدة قدم أقربهم درجة ، فالأب أولى من الجد ، والابن أولى من ابن الابن ، والأخ لأب أولى من الأخ الشقيق . وإن اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم فن كانت قرابته لأبوين أولى ممن تكن قرابته لأب واحد . فالأخ الشقيق مقدم على الأخ الأب . وابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ لأب . والعلم الشقيق مقدم على العلم لأب وابن العلم الشقيق مقدم على ابن العلم لأب وهكذا ، وإذا اتحدت الدرجة وقوة القرابة تثبت الولاية للثنتين وحكم القاضي بضمه لأصلحهما ، وقد فصلنا القول في ترتيب الأولياء على النفس في ولاية الزواج عند الكلام في إنشاء العقد فارجع إليه .

٣٧١ - وإذا انتهت حضانة النساء أو بعارة أدق إذا بلغ الطفل سن انتهائها ضم إلى الولي على النفس إذا كان من العصابات المحلوم كالعلم ، والأخ وابن الأخ والجد ، والأب ، سواء أكان الطفل غلاماً أم كان فتاة ، فإن لم يكن الولي العاصب محرماً ، وهو ابن العلم ، فإنه لا تضم الأنثى إليه . بل يختار القاضي لها أميناً يضعها عنده أو يبقها عند الحاضنة ، إن لم ير في ذلك ضرراً ، أما الذكر فيضم إلى الولي .

ويستمر الطفل في رعاية الولي على نفسه ما دام صغيراً لم يبلغ ، ولو لم

يكن ذلك الولي العاصب هو الولي المالى ، ولو كانت نفقة الفقير على غير الولي ، كأن يكون للصغير أخوات شقيقات ولأب ، ولأم ، وعم ونفقته على أخواته ، وعمه لا نفقة عليه ، ولكن تكون له الولاية على نفسه ، فيكون عنده ، ونفقته على غيره .

وإذا بلغ الطفل فإن كان قد بلغ مجنوناً أو معتوهاً ، فإن ولاية العاصب تستمر على نفسه ، ويكون حق ضمه إليه ويجب أن يحافظ عليه ولو كانت نفقته على غيره ، أو كانت الولاية المالية لغيره ، وإذا بلغ عاقلاً ثم جن أو عته فإن الولاية على النفس ، تعود إلى الولي على النفس ، كما تعود الولاية على المال إلى الولي المالى .

وفى حال بلوغ الغلام عاقلاً إن كان مأموناً على نفسه تنهى الولاية على النفس ، وليس لأحد عليه ولاية الضم ، وإن بلغ غير مأمون على نفسه كان لوليه العاصب أن يضمه إليه ، لحاجته إلى من يحافظ عليه حتى يؤمن على نفسه .

أما الفتاة إذا بلغت ، فإن ولاية الولي العاصب المحرم تستمر عليها ، ومظهرها أن له حق ضمها إليه ما دامت بكرًا ، حتى تعلن بأن تصير كبيرة لا يخشى عليها فإن لها حينئذ أن تنفرد دون أوليائها ما دام لا يخشى عليها الفساد ، والتيب ليس لوليتها أن يضمها إليه لخبرتها ، وعدم غراتها ، إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها . بأن كان يخشى عليها الفتنة إذا انفردت ، فإن لوليتها العاصب حق ضمها في هذه الحال ، وقد قال صاحب البحر « إن ذلك يكون للأب والجد فقط ، ولكن الذى فى فتح القدير أن حق الضم للولي العاصب أياً كانت طبقته ، إلا إذا كان غير ذى رحم محرم ، فإن الأنثى لا تضم إليه على ما علمت ، بل تكون عند أمين يختاره القاضى ، أو من له حق الحضانة . وقد اختار ابن عابدين تعميم صاحب الفتح ، لا تخصيص صاحب البحر .

٣٧٢- ويشترط فى الولي العاصب الذى له حق الضم أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً. على صيانه ، يتحد دينه مع دينه ، فإن لم يتحد الدين لا تثبت

هذه الولاية ، فإذا كان الأب غير مسلم ، فلا ولاية له على ولده المسلم ، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ، لأن هذه الولاية تتبع الميراث ، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وهناك شرط أساسي ، وهو أن يكون الولي العاصب نفسه أميناً على القاصر غير مفسد له ، لأن هذه الولاية للإصلاح والحفظ والصيانة ، فلا يتولاها من اشتهر بالفساد ، وغلب على أحواله عدم الصلاح ، ولذلك لا تثبت هذه الولاية لسفيه حتى إن الأب إذا كان سفيهاً لا يكون له حق تزويج ابنته ولا ابنه إذا كانا قاصرين لأن الولاية على النفس تزول عنه ، وإن كانت له ولاية تزويج نفسه ، إذ ليست هذه في مواضع الحجر ، وقد جاء في كتاب أحكام الصغار ما نصه : « وفي المتنقي السفيه المحجور عليه ، إذا زوج ابنته ، أو أخته الصغيرة لم يجز ، كذا عن محمد رحمه الله » (١) .

وإذا كان السفيه بالنسبة للزواج وتوابعه غير محجور عليه ، بل ولايته كاملة فيه ، فمنع ولايته على غيره في الزواج ، إنما هو لأنه مفسد لا رأى له ، فلا تكون له ولاية على النفس بالنسبة لغيره ، إذ أساسها القدرة على الصيانة ، والحفظ والأمانة ، ولا يرجى شيء من ذلك من السفيه .

ولذلك إذا كان أحد العصبة مفسداً لا يدفع إليه القاصر ومن في حكمه ، بل يدفع إلى من يليه في الرتبة من العصاب إذا كان مصباحاً ولم يكن مفسداً ، فلمن لم يكن عصبة صالح دفع القاضي القاصر ومن في حكمه إلى من يحافظ عليه . ولا فرق في هذه الأحكام بين الأب والجد وغيرهما من العصابات ، لأن شرط الأمانة والصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الأب والجد كما ينطبق على غيرهما .

ولقد نقل ابن عابدين عن الخلاصة — النص على أنه إذا كان للولد كسب ، وكان الأب مبلراً غير أمين ، فإنه يدفع كسب الولد إلى أمين ، وينزع من الأب ، وقال ابن عابدين تعليقاً على عبارة الخلاصة « أى أن القاضي ينصب لم وصياً يحفظ ماله ، إذا كان الأب مبلراً » .

فإذا كان الفقهاء يقررون أن الأب ينزع منه مال ولده إذا كان مبلراً

(١) أحكام الصغار المطبوع على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠١ .

متلقاً يخشى منه على ماله ، فأولى من ذلك إذا أدى فسادُه إلى أن يخشى منه على الولد نفسه ، فإنه ينزع منه ، ويعطى لمن يليه من العصابات .

وعلى ذلك إذا كان الولي العاصب القريب مفسداً غير أمين على القاصر ، تنتقل الولاية إلى الذي يليه من العصابات ، ويكون الحكم بزوال الولاية من القاضى الذى هو صاحب الولاية العامة في الأحوال الشخصية ، وإن لم يكن للقاصر عصابة أمين عليه يختار له القاضى أميناً قادراً ، وقد نص على ذلك في متن التوير .

وخلاصة القول أنه إن كان العاصب القريب فاسداً الأخلاق غير أمين كانت الولاية لمن يليه من العصابات ، وإلا فلن يختاره القاضى ، والقاضى المختص بذلك في مصر هو محكمة الأحوال الشخصية ، لأن اختصاص هذه المحاكم يشمل الأموال وولاية الترية والحفظ والصيانة والزويج وهى الولاية على النفس . فكل هذا من صميم الأحوال الشخصية .

ولقد كانت الأمور بالنسبة للولاية على النفس تسير على مقتضى هذه الأحكام الشرعية كما هو مدون في كتب الفقه الحنفى تطبيقاً للمادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، فنظم أحكاماً لسلب الولاية على النفس ، وقرر أن الولاية على النفس ، تسلب عن الأولياء الذين صدرت ضدهم أحكام في جرائم معينة ، أو اشتهروا بفساد السيرة . ويتعرض الصبي الذى هو في ولايتهم بسبب ذلك للفساد في صحته أو أخلاقه ، ولذلك قرر سلب الولاية في الأحوال الآتية :

١ - إذا حكم على الولي في جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو جريمة من الجرائم التي يكون فيها تحريض على الدعارة . وكانت الجريمة على من هو في ولايته ، وكذلك من حكم عليه أكثر من مرة في هذه الجرائم ، ولو لم تكن جريمة التحريض على من في ولايته .

٢ - من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية ، أو حكم عليه لجناية وقعت من هؤلاء .

وسلب الولاية في هاتين الحالتين سلب حتمى لا جوازى ، فإذا توافرت الأسباب لم يكن مناص من سلب الولاية .

إذا سلبت الولاية على قاصر سلبت عن بقية من تحت ولايته ، وقد استثنى من تلك الحال الثانية إذا كان المولى عليه فرعاً للمولى ، فإن سلب الولاية يكون مقصوداً على من وقع الاعتداء عليه أو حكم بالعقوبة بسببه (١) .

ويكون سلب الولاية جوازياً ، فيجوز أن تسلب ، ويصح أن توقف كلها أو بعضها في الأحوال الآتية :

- (أ) إذا حكم على المولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .
- (ب) إذا حكم عليه في جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعاوى ، ولم تكن الجريمة على من هو في ولايته ولم تتكرر .
- (ج) إذا حكم على المولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بسبب اعتداء جسيم ، إذا كانت الجريمة في كل هذا على من هم في ولايته .
- (د) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولاية المولى في دور الاستصلاح ، فإن ذلك يكون دليلاً على أنه لا يحسن القيام على تربية من هو في ولايته .
- (هـ) إذا عرض المولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية ، أو سوء التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحال أن يصدر ضد المولى حكم بسبب تلك الأفعال (٢) .

ويحكم بسلب الولاية أو وقفها في كل ما سبق . ولو كانت الأسباب المسوغة للسلب سابقة على قيام الولاية (١) وإذا سلبت الولاية أو وقفت عهد بالصغير إلى من يلي الذي سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع كان للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص يكون أميناً عليه ، ولو لم يكن

(١) نصت على ذلك المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من المرسوم المذكور .

(٣) المادة الرابعة .

- ٤٦٤ -

قريباً ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لذلك .

وإذا حددت المحكمة الحرمان من الولاية عهدت بمباشرة الحقوق التي حرم منها الولي إلى أحد السابقين (١) .

وبجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة التي هي سبب لسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها - أن تقضى بذلك في حكمها (٢) .

ومن المقرر في هذا القانون أنه إذا تقرر سلب الولاية على النفس سلبت معها الولاية على المال (٣) .

ولا يجوز للذين سلبت ولايتهم لجنايتهم على الصغير أو لتكرار الحكم عليهم في جرائم الدعارة أن يطلبوا إعادة ولايتهم إذا رد اعتبارهم ، كما يجوز لمن سلبوا الولاية بسبب سوء أخلاقهم وإهمالهم شأن الصغير أن يطلبوا إعادةها بعد ثلاث سنين من سلبها .

٢ - الولاية للمالية

٣٧٣ - الولاية المالية تثبت على المحجور عليهم ، وهي تختلف باختلافهم وتتبع في ثبوتها نوع الحجر ، فإن كان الحجر بقرار من القاضي ، فإن القاضي المختص هو الذي تكون له الولاية ، أو لمن يعينه ذلك القاضي ، أما إذا كان الحجر مستنداً إلى عجز المولى عليه ، وقصر طبيعي فيه كالصغير والعتة والجنون فإن الولاية تثبت أولاً للمولى الشرعي ووصيه ، فتثبت الولاية للأب ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، ثم القاضي من بعد ذلك .

وعلى ذلك فالولاية على السفیه وذی الغفلة تكون للقاضي ، والقيم الذي يقيمه القاضي ، ولا تكون للأب ولا الجد ، وبالأولى لا تكون لوصيهما ، وذلك إذا كان قد بلغ رشيداً ، ثم حجر عليه ، أما إذا بلغ سفياً فإن ولاية الولي تستمر حتى يرشد على رأي محمد خلافاً لأبي يوسف .

(٢) المادة ٨

(١) المادة الخامسة .

(٣) المادة ١٠

هذا ما نص عليه في كتب الفقه ، فقد جاء في الدر المختار ، أن السفه كالصغير المميز في الأحكام ، إلا أن ولاية الأب والجد تزول عنه ، وقد عزا ابن عابدين ذلك إلى الحموى « (١) » وذو الغفلة قد نص الفقهاء على أنه كالسفيه من كل الوجوه .

وقد كان قانون المجالس الحسينية يسير على مقتضى هذه الأحكام الفقهية ، فيتولى هو تعيين القيم على السفه وذو الغفلة ، ولكن القانون الذي عدله ، وأنشأ المحاكم الحسينية ، وهو القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ جاء في المادة ٤٤ منه ما قد يفيد أن ولاية الأب والجد على السفه تستمر قائمة ، وهذا نص تلك المادة .

« يسرى حكم المادة ١٦ من القانون على من يختار للقائمة ما عدا الولي فلا يحرم منها إلا إذا قام به بسبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها المنصوص عليه في المادتين ١١ و ١٠ من هذا القانون » .

فإذا كانت هذه المادة جاءت تحت عنوان الحجر ، وبعد الكلام على السفه وذو الغفلة فقد يفهم من هذا أن للأب والجد على السفه ولاية ، ولكن الفقه لم يعاون على ذلك ، إذ ولاية الأب والجد قد زالت ببلوغه عاقلاً غير سفه ، ولا يمكن أن تعود إلا إذا زال عقله على ما سنبين ، ولذلك وجب قصر الجزء الخاص بالولاية في هذه المادة على ما يتعلق بالجنون والمعته وقد ذكرنا في هذا الباب ليكون القانون سائراً مع الفقه (٢) .

وإذا عين الأب والجد ولياً أو قياً على السفه ، فإن شأنهما في هذا الحال يكون كشأن سائر القوام يستمدان السلطة من المحكمة المختصة ، لا من حق شرعى أعطاه لهما الفقه الإسلامى .

ولقد جاء بعد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٣٥ فقر في صراحة

(١) المختار وابن عابدين ج ٥ ص ١٤٣ طبع استامبول .

(٢) من الغريب أن المذكرة التفسيرية فيها هذا النص : ويلاحظ أن المشروع لم يأخذ بالرأى القائل بعودة الولاية للأب في حال الحجر على ولده ، ولم نجد في القانون نصاً يفيد هذا ولو ضمناً ، بل وجد العكس ، ولعله كان موجوداً في المشروع وحذف في أحد أدواره التشريعية .

قاطعه أن القوامة تكون على المحنون المعتوه والسفيه وذى الغفلة للابن البالغ ،
ثم للأب ، ثم لمن يختار من المحكمة .

والمحكمة المختصة هي التي تعين القيم من هؤلاء .

وكذلك هي التي تعين المساعدين القضائيين لدوى العاهات ، وعملهم
لا يتجاوز : في إبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة
القضائية فيها ، إذا صدر عن الشخص الذي حكم بمساعدته بعد تسجيل الحكم
بالمساعدة كما ذكرنا .

هذا وتعين هؤلاء المساعدين من اختصاص محاكم الأحوال الشخصية ،
لأنها هي التي تقيد تصرفاتهم كلها ، أو بعضها وتجزئ حق إلغائها ممن تعينه ،
فكان الحجر بعملها وإن كان سببه عيباً في المحكوم بمساعدته .

٣٧٤- والولاية على الصغير تكون عند الملكية الأب ثم وصيه ،
ثم للقاضي ووصيه . فالجد عند الملكية ومثلهم الحنابلة ليس له ولاية على
القاصر قط ، فلا تثبت له : وبالأولى لا يكون له وصى . وإذا عينه القاضي
كان وصياً من قبله ، وذلك لأن الجد لا ينزل منزلة الأب عند الملكية والحنابلة ،
لا في ولاية الزواج ، ولا في الولاية المالية .

وقال الشافعي الولاية تكون للأب ثم للجد الصحيح ، ثم لوصى الأب ثم
لوصى الجد ، وذلك لأن الشافعي ينزل الجد الصحيح منزلة الأب عند
عدم وجوده لوفور شفقتة مثله ، ولذلك تثبت له الولاية في التزويج ، فنثبت
له أيضاً الولاية المالية .

وقال أبو حنيفة وأصحابه إن الولاية على الصغير تكون للأب ثم وصيه
ثم للجد ثم وصيه ، وترى من هذا أن الحنفية يثبتون الولاية للجد ، ولكن
يؤخرون مرتبته عن مرتبة وصى الأب ، وذلك لأن الأب أوفر الناس شفقة
بولده ، فإقامته وصياً مع وجود أبيه دليل على أنه يراه أصلح منه ، وإن لم
يكن له وفور شفقتة . وإرادة الأب في شئون ولده محترمة بعد وفاته ، كما هي
محترمة في حياته .

ومذهب الحنفية وسط بين المذاهب في هذا ، فهو لم يبلغ ولاية الجد كما

قرر مالك وأحمد ، ولم يقدمها على وصي الأب كما قرر الشافعي . بل توسط وهذا المذهب هو المعمول به في مصر بالنسبة للولاية الشرعية ، لأنه كان المعمول به من قديم ، ولم يوجد من القوانين ما ينسخ العمل به بل إن المجالس الحسينية من قبل ، ومحاكم الأحوال الشخصية الآن قررت ذلك ، وسنت النظم التي تمكنها من الإشراف من غير أن تمس جوهر الأحكام التي قررت في الفقه الحنفي ، على ما سنبين .

٣٧٥ - هذه هي الولاية على الصغير ؛ أما الولاية على المجنون والمعتوه فإنها تكون على هؤلاء المذكورين في المذهب الحنفي إذا بلغ الصبي مجنوناً أو معتوهاً فإن الولاية التي كانت ثابتة عليه في صغره تستمر بعد كبره ما دام العجز الذي أوجدها لا يزال قائماً ، ولأنها لا تسقط إلا ببلوغه رشيداً ، وقد بلغ غير عاقل ، فلا يكون ثمة ما يسقطها .

وإذا بلغ عاقلاً رشيداً ثم جن أو عته ، فالمذكور في المتون أن ولاية الأب والجد تعود إليهما ، لأن سقوطها كان بسبب بلوغه عاقلاً ، فإذا زال العقل أو نقص عادت الولاية ، إذ علتها نقص العقل أو زواله ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وقد ذكر الشراح أن ما في المتون استحسان وأن القياس كان يوجب ألا تعود الولاية إلى الأب والجد ، وتكون للقاضي لأن ولايتهما قد سقطت بالبلوغ عاقلاً ، والساقط لا يعود ، كما هو مقتضى القواعد العامة في الفقه الحنفي ، ووجه الاستحسان ما ذكرنا وهو وفور شفقة الأب والجد ، وأنه ليس من المعقول أن يعين القاضي أحداً ، والأب حسن الرأي والتدبير ، وهو موفور الشفقة .

وقد ذكرت التارخانية أن الاستحسان رأى أبي حنيفة والصاحبين ، وإن كان القياس في هذا الوضع هو رأى زفر ، وقيل إن الاستحسان قول محمد وإن القياس قول أبي يوسف (١) ، ومهما يكن من أمر الاختلاف فإن

(١) راجع ابن عابدين في الجزء الخامس في آخر كتاب الحجر ، وقد جاء في تنقيح الحامدية ما نصه : « إذا كان الأب ميتاً أو مجنوناً تبقى ولاية الأب عليه في ماله نفسه ، وإن بلغ عاقلاً ثم جن أو عته هل تم . ولاية الأب فيها ، قال أبو بكر البلخي لا تعود عند أبي يوسف ، وتكون للولاية للسلطان . وقال محمد تعود ولاية الأب في النفس والمال جليماً استحساناً ، وقال محمد بن إبراهيم الميداني عندنا تعود ولاية الأب ، وعند زفر تثبت الولاية للسلطان (عمادية) .

الراجح هو الاستحسان لأنه المنصوص عليه في المتن دون سواه وقد اكتفى بذكره في التنوير ، ولم يذكر غيره الدر المختار .

وقانون المحاكم الحسبية يفيد ، أن ولاية الأب الجدد تستمر ، وتعود بالنسبة للمجنون جنوناً طارئاً والمعتوه عنها طارئاً لأن المادة ٤٤٤ تصرح بأن أحكام الأوصياء تطبق على من يختاره للقوامة على المجنون والمعتوه وتستثنى الولي ، وتقول : « إنه لا يحرم منها إلا إذا قام سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها ، وذلك يقتضي أن الولاية تستمر على المجنون والمعتوه ، وتعود إلى من يبلغون عقلاء ، ثم يحجر عليهم بسبب الجنون ، وقد قطع الحكم في ذلك القانون رقم ١١٩ كما ذكرنا ، فصرح بأن تكون الولاية للأب والأب الجدد .

ولاشك أن الأب والجدة لهما من وفرة الشفقة ورعاية المصلحة ما يجعلهما أحق بتولي أمر ولدهما من أجنبي ، وإنه سيكون غريباً أن تعين المحكمة المختصة قima على المجنون والمعتوه ، وله أب أو جد تعلم صلاحيتهما للولاية أو القوامة . وخصوصاً أنه لا يعطف عليه لضعفه ومرضه أحد أكثر من هؤلاء .

وحيثما ثبتت الولاية للأب أو الجدة ، فإنها تثبت له في حياته ، ويجوز أن يوصى بها إلى غيره من بعد وفاته ، وعلى ذلك تكون الولاية على المجنون والمعتوه للأب ثم وصيه ، وهو المسمى بالوصي المختار ثم للجدة ثم وصيه ، ويسمى أيضاً الوصي المختار ، فإن لم يكن وصياً للجدة ، ولا للأب كانت الولاية المالية للقاضي الذي يجعل ولي الأمر ذلك من اختصاصه ، وهو في مصر الآن محكمة الأحوال الشخصية .

ولنتكلم بعد ذلك في بيان حدود ولاية الأولياء ومدى إشراف المحاكم الحسبية عليهم ، والأوصياء والقائمة وطرائق توليهم ، وشروط بقائهم وطرائق عزلهم .

ولاية الأب

٣٧٦- تثبت الولاية للأب على أولاده الصغار والمجانين والمعتاهية ، بشرط أن يكون هو عاقلاً رشيداً غير محجور عليه ، كما بينا ، وبشرط أن يكون متحد الدين مع ولده ، فإن كان غير مسلم ، وأولاده مسلمون فإن الولاية لا تثبت له عليهم ، كأن تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار ، فتبعوها في دينها ، وبقي على دينه ، فإنه في هذا الحال لا يثبت له ولاية مالية عليهم ، وبشرط أن يكون أميناً غير مبذر لكي تستمر ولايته .

وعلى ذلك فالآباء ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أب غير أمين مبذر لماله ، يستحق أن يحجر عليه في شئون ماله ، أو يحجر عليه فعلاً ، وهذا تسلب ولايته على ابنه ، ويعين القاضي وصياً يتولى الولاية عليه فعلاً ، لأنه في هذه الحال يكون غير أمين على مال ولده ، أو يده ليست يداً حافظة تصونه ، فتسلب ولايته ويتولاها وصي يحافظ عليه ، ولذا جاء في ابن عابدين ما نصه . في عامة الكتب « إذا كان الأب مبذراً متلفاً مال ابنه الصغير فالقاضي ينصب وصياً ، وينزع المال من يده » .

وفي كتاب جامع أحكام الصغار . ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في أدب القاضي من أبواب الوصايا « أن الصغير إذا ورث مالا وله أب مبذر مستحق للحجر على قول من يرى الحجر على السفه لا تثبت الولاية للأب » .

القسم الثاني : أب أمين غير مبذر ولا متلف ، وهو حسن الرأي والتدبير أو يكون من حسن الرأي والتدبير مستور الحال ، وهذا تطلق يده في مال ولده فتجوز منه كل التصرفات السائغة شرعاً ، فكل تصرف يملكه في ماله الخاص يجوز أن يتصرفه لولده في ماله ، إلا ما يكون تبرعاً بعين المال ، فإن ذلك يعد ضرراً محضاً ، وهذه الولاية للمصلحة ، ولا يحدها إلا ما يثبت أنه ضرر محض ، وعلى ذلك يكون له البيع والشراء في العروض وسائر المنقولات وفي العقارات ما دام من غير غبن فاحش ، ولا فرق في ذلك بين مال ومال ،

وله الإجارة والاستئجار بالمثل والغن اليسير ، وله إيداع مال الصغير بالأحر وبغير الأحر ، وله إعاره مال الصغير ، إلا إذا كان في الإعاره تعطيل للإجارة لأنه إذا كانت الإعاره تعطيلًا للإجارة فإن ذلك يكون تصرفاً ضاراً محضاً ، فيثبت أنه لا مصلحة فيه فيبطل ، وإذا لم يكن في الإعاره تعطيل للإجارة كحيوان غير معد للاستئجار أو أداة من أدوات الزراعة لم تعد للاستئجار ، فإنه تجوز الإعاره ، وإنما جازت الإعاره في هذه الحال مع أنها تبرع لجريان العرف بها ، ولأن تبادل المنافع بين الناس يتقاضاها ، ولأنه ضرر منها في هذه الحال ، والتصرف الممنوع من الأب هو التصرف الذي يثبت الضرر منه ، ولم يثبت ذلك الضرر ، وله أن يرهن مال الولد في دين على الولد ، لأن ذلك تصرف لم يتبين ضرره ، بل هو نوع من وفاء الدين الثابت على الصغير ، وله ذلك الوفاء .

وقد اختلف في جواز رهن مال الولد في دين على الأب لا على الولد ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد إن ذلك يجوز ، وقال أبو يوسف : إن ذلك لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى إبقاء دينه من مال الصغير ، ولا يجوز ذلك إذ هو ضرر محض بالصغير ، وقول أبي يوسف هو القياس ، وقول الطرفين استحسان ، ووجهه أن الرهن وإن كان من مال الولد يشبه الإيداع ، بل هو أقوى منه ، لأن الوديعة إن هلكت تهلك غير مضمونة والمرهون إن هلك تملك مضموناً بالأقل من القيمة ومن الدين ، وإذا كان الإيداع قد جاز مع ذلك فأولى أن يجوز الرهن ، وإذا بيع الرهن في سبيل الدين ضمن الأب للولد دينه ، وإذا هلك الرهن وكانت قيمته أكبر من الدين ضمن الأب الزائد عن الدين ، وضمن هذا الزائد باعتباره قد وفى الدين عنه . وفى الحقيقة أن أبا يوسف نظر في المنع إلى المال ، والطرفين نظرا في الجواز إلى حال الإنشاء .

ويجربنا البحث في هذه القضية إلى أداء الأب دينه من مال ولده ، على أن يكون ضامناً لأدائه ، اختلفت الروايات في المذهب ، ففي رواية أن ذلك جائز ، ما دام الأب ضامناً للأداء بعد ذلك ، وروى شمس الأئمة السرخسي أن ذلك لا يجوز ، لأن ذلك التصرف يضر ضرراً محضاً ، والولاية مقيدة بالمصلحة .

والخلاف جرى أيضاً في استقراض الأب مال ابنه ، فأجازه محمد ، ومنعه أبو حنيفة رضى الله عنه (١) .

ولكن إقراض مال الولد لغيره لا يجوز في أصح الأقوال في المذهب ، لأن الإقراض تبرع ابتداء ، والتبرع في كل صورة لا يجوز .

والحوالة يجوز قبولها إذا كانت على أملاً ، فإذا كان للولد دين ، وأحاله المدين على غيره ، فليس للأب أن يقبل الحوالة إلا إذا كان المحال عليه أملاً من المدين الأول ، أو كان الأب هو الذى باشر سبب الدين ، فإن الحوالة تجوز ولو كان المحال عليه أقل ملاءة من الأول ، لأنه كان يمكنه التعاقد معه ، فيمكنه أن يقبل الحوالة عليه .

وكذلك للأب أن يؤجل الدين الذى باشر سببه ، لأنه إذا كان يمكنه أن يعقده مؤجلاً ، فيمكنه أن يؤجله بعد تعجيله ، ولكن لا يمكنه أن يؤجل ديناً لم يتول هو سببه .

٣٧٧ - هذا وقبل أن نترك الكلام في الأب الأمين الذى لا يعرف بسوء الرأى - ننبه إلى أمور أربعة :

أولها - أن كل تصرف يكون من الأب بغبن فاحش لا يكون صحيحاً ، لأن الغبن الفاحش تبرع ، والتبرع كما قررنا غير جائز ، ولو صدر عن الأب تصرف بغبن فاحش يكون للقاضى إبطاله إذا رفع إليه . ولو علمه أقام من يخاصم عن الصغير ويقضى ببطالته .

ثانيها - أن تصرفات الأب سائغة ما دام لم يقم دليل على ضرر فيها ، وليس عليه أن يبين مسوغات لها ما دام الضرر ليس واضحاً ، إلا أن القاضى له أن يتدخل إذا تبين أن تصرفاً منها ليس في مصلحة القاصر يقيناً ، ولقد جاء في كتاب جامع أحكام الصغار : « الأب أو الوصى ، إذا باع عقار اليتيم فرأى القاضى أن نقض البيع أصلح للصغير كان له نقضه » (٢) .

(١) راجع كتاب جامع أحكام الصغار ج ١ ص ٢٩٧ هامش الفصولين

(٢) الكتاب المذكور ج ١ ص ١٩٣ .

فالأب وإن كان مطلق اليد لا يحتاج تصرفاته في نفاذها إلى وجود ما يسوغها وللقاضي أن يبطل التصرفات التي يتبين أنها ليست من المصلحة ، وأنها ضارة لا محالة .

ثالثاً - أنه جاء في كتاب (جامع أحكام الصغار) أن الأب في عقود إجارته مقيد بالألا يجرها إلى مدة طويلة ، وهي التي تزيد على ثلاث سنين في الأراضي الزراعية والبساتين ، وعن سنة في الدور والخوانيت ، فقد جاء فيه ما نصه : « إذا أجر أرض اليتيم إجارة طويلة لا يجوز ، وكذلك أبو الصغير والمتولى لأن الرسم في الإجارة الطويلة أن يجعل شيء يسير من مال الإجارة في مقابلة السنين » (١) .

ويلاحظ أنه إذا أجر شيئاً من أملاك الولد ، فإن الإجارة لا تفسخ ببلوغ الصغير رشده ، ولا بإفاقة المحنون رشيداً ، لأن العقد ما كان لنفسه بل كان بالنيابة عنهما ، ولا حق لهما في فسخه ، ولكن لو أجر الصغير أو المعتوه بأن كان أحدهما ذا حرفة يستطيع القيام بعمل فيها يستحق عليه أجراً فأفاق المعتوه ، أو بلغ الصغير رشيداً ، فإنه يكون له حق الفسخ ، وذلك لأن هذه الإجارة كان يملكها الأب بمقتضى ماله من ولاية على أنفسهما لا على مالهما ، وقد زالت هذه الولاية بالبلوغ والإفاقة ، فيزول ما كان من أثر التصرف على شخصهما بمقتضاها .

رابعاً - أن الهبات لا تجوز من الأب ، ولكن إذا كانت الهبة بعوض فإن محمداً قال تجوز ، لأن الهبة بعوض ، وإن كانت تبرعاً ابتداء هي معاوضة انتهاء ، فهي في معنى البيع ، فتجوز جواز المعاوضات ما دام العوض لا غبن فيه ، وقال أبو يوسف وأبو حنيفة لا تجوز ، لأن الهبة بعوض هبة ابتداء ، فتأخذ حكم الهبات في إنشائها ، ولذا لا تتم إلا بالقبض ، وإذا كانت هبة ابتداء فهي تأخذ حكم التبرعات ، والتبرعات من الأب باطلة .

٣٧٨ - هذا ومن المقرر أن الأب ومثله الجد له أن يعقد عقود المعاوضات بينه وبين القاصر الذي هو في ولايته ، ويتولى هو العقد من الجانبين ، وذلك

(١) الكتاب المذكور ج ١ ص ٢١٩ .

لأن الأب والجد لوفور شفقتهم وكمال رعايتهما تجوز تصرفاتهما على ولدهما ، وربما كان في البيع والشراء مصلحة وإيثار له ، بل هذا هو الفرض الذي يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقة ، وإن ذلك استثناء من القاعدة العامة التي تمنع أن يتولى طرف واحد عقداً مالياً عن الطرفين ، لمنافاة ذلك لأحكام النيابة في العقود المالية ، إذ حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد نفسه ، ولو سوغ ذلك لعاقد واحد لكان مطالباً ومطالباً معاً ، وذلك لا يجوز (١) .

وفي حال بيع الأب أو الجد أو الوصي للقاصر أو الشراء منه يقيم القاضي وكيلًا يقبض المبيع من الولي ، ويسلمه إياه ويقبض الثمن ثم يسلمه إياه كذلك (٢) لكي يكون المتولى العقد مطالباً فقط لطرف من طرفيه ، ويكون الوكيل هو المطالب بحقوق الطرف الآخر ، ولذا يكون الثمن في ضمان الأب حتى يقبضه الوكيل ، فإن قبضه منه ثانياً صار أمانة في يده ، بعد أن كان مضموناً باعتباره ثمنًا ، وكذلك في حال البيع يستمر المبيع في ضمان الأب ، بحيث إذا هلك يبطل البيع حتى يتسلمه من أقامه القاضي فإن تسلمه ثم سلمه للأب أو الجد من بعد ، صار أمانة في يده وبذلك يكون تولى العقد من الجانبين سائراً على النسق الفقهي الذي يمنع أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً معاً .

٣٧٩ - القسم الثالث : من الآباء وهو الأمين سىء التدبير ، وهذا تثبت له الولاية على مال ولده القاصر ، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه قيدت تصرفاته بالمصلحة الظاهرة ، فإن كانت المصلحة ظاهرة واضحة في التصرف نفذ ، وإلا لم ينفذ ، وإذا باع شيئاً من أموال القاصر كانت المصلحة الظاهرة في أن يبيعه بضعف القيمة ، وظاهر ما جاء في جامع الفصولين أن ذلك حكم عام يشمل العقار والمنقول ، ومثل ذلك جاء في كتاب جامع

(١) وقد خالف ذلك حكم الوصي عند محمد فإنه لا يجوز له أن يتولى عقداً لنفسه مع القاصر ، وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف يجوز إذا كان فيه نفع ظاهر للقاصر وفسر أبو حنيفة النفع الظاهر بأن يشتري العقار من القاصر بضعف القيمة ويبيعه له بنصفها ، وأن يشتري المنقول منه بالقيمة ونصفها ويبيعه له بثلاثها .

(٢) جامع أحكام الصغار ج ٢ ص ١٩٢ هامش جامع الفصولين .

أحكام الصغار ، ففيه ما نصه : « إذا كان الأب فاسد الرأى إن باع يضعف قيمته صح ، وإن باع ما سوى العقار فكل ذلك الجواب » .

وإنما شدد في البيع ذلك التشديد لأن البيع إخراج عين مملوكة ، وإن ذلك قد يكون ضرره فاحشاً ، فيجب أن يحتاط له ذلك الاحتياط المشدد فيه . ويستخلص من هذا أنه لأمانته تبقى يده الحافظة ، ويتقى سوء رأيه وفساد تدبيره ، بمنعه من إخراج الأعيان من ملك الولد . إلا في هذه الأحوال الواضحة الخيرية التي لا تحتاج الحرية فيها إلى إثبات . وما عدا هذا من التصرفات ، فإن في منع التصرف بالغبن الفاحش ما يكفي للاحتياط من فساد الرأى والتدبير .

٣٨٠ - تصرفات الأب في القانون : لم يكن قبل سنة ١٩٢٥ للمجالس الحسينية أى سلطان على الأولياء الشرعيين . الأب والجد ، وكانوا خاضعين للقاضى الشرعى ، وإن لم يكن له عليهم حساب ، ولكنه هو الذى يتولى العزل إن استحقوه ، ولما جاء قانون المجالس الحسينية سنة ١٩٢٥ جعل لها سلطاناً على الأولياء ، ولكنها لا تتعرض لهم حتى تصل إليها شكوى من تصرفاتهم فتحاسبهم ، فإن لم تجد في الحساب ما يطعن به في تصرفاتهم تركت لهم سلطانهم الشرعى كاملاً ، وإن وجدت ما يوجب الحد من سلطانهم حدث منه بما يدفع الضرر ، وإن ثبت أن الولي غير أهل للولاية سلبت ولايته .

وقد جاء قانون المحاكم الحسينية الأخير ، فأبقى ما كان للمجالس على الأولياء من رقابة ، وأدخل تغييراً فيها لم يمس جوهرها ، ثم جاء المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فجعل ولايتهم تحت سلطان محكمة الأحوال الشخصية .

وخلاصة ما جاء بذلك المرسوم من أحكام خاصة بالأولياء ، أنها أقرت المبادئ الشرعية بالنسبة للأولياء . فاعتبرت الولاية حقاً طبيعياً شرعياً لهم ، فكانت الولاية ثابتة لهم ، ليس لهم أن يتنحوا عنها ، إلا بإذن المحكمة المختصة ، لأنها حق لهم ، وواجب عليهم ، وثبت لهم ذلك بالشرع بسبب تلك الصلة التي تربطهم بالقاصر ، فلا يمكنهم تركه ، إلا بقرار ، ويمكن المتتبع لما جاء في هذا المرسوم بقانون أنه يقسم الأولياء إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : أب أمين كامل الرأى والتدبير ، ليس منه خطر على مال القاصر ، وهذا تكون له كل التصرفات التى سوغها له الشارع الإسلامى ، ولا تتدخل فى شأنه المحاكم المختصة إلا عند الشكوى منه . وقد أجاز له تصرف لم تجزه له الشريعة ، وهو التبرع من ماله لأداء واجب إنسانى عام ، أو خاص بأسرته ، ولكن ذلك بعد استئذان المحكمة وإذنها . وذلك لأنه فى كثير من الأحيان يفتح باب التبرعات لمصالح اجتماعية كإنشاء ملجأ أو مستشفى ، ويكون من الخير أن يتبرع له من أموال القاصر إذا كان غنياً موسراً ، وكذلك إذا كان ثمة واجب فى الأسرة ، كتبرع بهدية لمتزوج فيها ، أو مواساة مريض ، أو معاونة معوز ، فإن هذه كلها واجبات اجتماعية أو متبادلة فى الأسر ، ولا تعد من الإلتلاف إذا كانت فى خدمة المجتمع أو الأسرة .

ويمكن أن يوجد للواجبات الاجتماعية العامة أصل فى الفقه الإسلامى ، فإن أكثر أبواب التبرعات من مصارف الزكاة ، وقد قرر الأئمة الثلاثة أن الزكاة تجب فى أموال القاصرين ، فيصبح أن يكون ذلك التبرع على هذا الوجه ، وخصوصاً أن الدولة لا تتولى الآن جمع الزكوات .

وما يكون فى داخل الأسر إنما هو من تبادل الهدايا ، ويشبه الهبات بعوص ، وهو غير النفقات الواجبة بحكم محكمة الأحوال الشخصية ، فإن هذه تدفع من غير استئذان المحكمة المختصة ، إذ هى واجبة بإيجاب الشارع الإسلامى ، فإن نفقات الأقارب تجب على الموسرين من الأقارب ، ولو كانوا قاصرين (١) .

وقد قيد الأب فى معاملته مع القاصر ، فلا يجوز له أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن من المحكمة ، ولا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (٢) وكذلك

(١) بينت المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ جواز التبرع فى هذه الأحوال ونصها : « لا يجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عالى بإذن المحكمة » .

(٢) المادة ٦

لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، وعلى المحكمة أن تأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر (١) أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (٢) .

ولا يجوز للولى الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر إلا بإذن من المحكمة (٣) وقد أجاز للولى القرض بإذن من المحكمة (٤) .

ولا يجوز له أن يقبل هبة أو وصية مقيدة بالتزامات إلا بإذن من المحكمة (٥) .

ولا يجوز تأجير عقار للقاصر لمدة تمتد إلى ما بعد البلوغ بسنة (٦) .

وإن هذه القيود بلاشك تجعل تصرفاته في جملتها خاضعة لرقابة المحكمة ولم تكن مطلقة لا حساب فيها إلا عند الشكوى ، كما كان الشأن أولاً .

وقد أعفى من هذه القيود أموال القاصر التى تكون من طريق التبرع من أبيه سواء أكان التبرع صريحاً أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عنها .

القسم الثانى : أب ليس كامل الرأى والتدبير ، وفى إطلاق يده فى مال القاصر خطر ، ويكفى لإزالة خطره أن تحد تصرفاته ، وتقيده بقيود تشرف على تنفيذها المحكمة ، فتحد ولايته بذلك ، والمحكمة تقدر مقدار ما يزيل خطره على أموال القاصر ، وهذا نظير الأب الأمين فاسد الرأى المنصوص عليه فى الفقه .

القسم الثالث : أب يكون غير أمين على الولد أو سفيهاً لا يصلح للولاية ويخاف على أموال القاصر منه ، فتززع من تحت يده ، ويزول سلطانه

المادة (٢) ٧

المادة (٤) ٩

المادة (٦) ١٠

المادة (١) ٧

المادة (٣) ٨

المادة (٥) ١٢

وتسلب ولايته (١) وهذا نظير الأب المبذر المفسد غير الأمين المنصوص عليه في الفقه .

وواضح أن المحكمة لا يمكن أن تعلم حال هذين الأبوين إلا بشكوى من تصرفهما وفحص لحالهما ، وانتهائها إلى ذلك الحكم الخاص بهما .

القسم الرابع : أب تقف المحكمة ولايته وذلك في ثلاث أحوال :

(أولاهما) إذا حجر عليه لعتة ، أو جنون ، أو سفه ، لأنه في هذه الحال لا يكون له الولاية في ماله ، فأولى ألا تكون له الولاية في مال غيره إذ ثبوت الولاية المتعدية فرع ثبوت الولاية القاصرة . فتوقف ولايته إلى أن يزول الحجر وتعود له ولايته على نفسه ، فتعود ولايته على القاصر :

الثانية - إذا اعتقل تنفيذاً لحكم في جنابة أو حكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة فإن ولايته توقف ، إذ لا ينتفع في مدة اعتقاله برأيه فكان من المصلحة وقف هذه الولاية ، وقيد سبب الاعتقال بكونه جنابة ، لأن مدة الاعتقال فيها تطول غالباً ، أما اللجنة فإن مدة الاعتقال فيها قصيرة إذ هي سنة فأقل ، ويمكنه أن يدير فيها أمور القاصر بوكيل مدة اعتقاله ، ولأن الجنابة جريمة ذات خطر ، فكان من المصلحة عند الاعتقال بسببها أن توقف الولاية ، حتى تتعرف مصلحة القاصر من حيث استمرار الولاية من بعد ذلك كاملة أو محدودة ، أو إنهاؤها .

الثالثة - إذا اعتبر غائباً ويعتبر غائباً إذا كان مجهول الحال ، فلا تعرف حياته أو مماته ، أو هجر الوطن راضياً أو مرغماً ، ولم يستطع أن يدير أمواله أو أموال من يكون في ولايته بنفسه أو وكيله مدة أكثر من سنة ، فإذا كان الولي غائباً على هذا النحو وقفت ولايته مدة غيابه ، لأن المحكمة الحسبية تعنى

(١) بينت حكم هذا النوع من الأولياء وسابقه المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩

لسنة ١٩٥٢ ، ونصها : إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه ، فالمحكمة أن تسلب ولايته أو تحدها .

بالرقابة على إدارة أمواله وتعين وكيله يديرها تحت إشرافها . فأولى ألا يكون ولياً على غيره في مدة هذه الغيبة (١) .

وفي مدة وقف الولي تعين المحكمة وصياً مؤقتاً يدير أمواله في مدة وقفه إلا إذا كان للقاصر جد صحيح يلى الأب في الولاية ، فإنه يقوم بشئون القاصر ، حتى يزول الوقف .

وإذا كان الوقف بقرار من المحكمة ، فلزاته تكون منها ، لأنه لا يلغى قرار القاضي إلا القاضي .

وقبل أن نترك الكلام في أحكام الولي في قانون المحاكم الحسبية نشير إلى أمرين :

أولهما - أن الولي ليس مطلق التصرف في المعاملة بينه وبين القاصر في قانون المحاكم الحسبية ، كما هو الشأن في الأحكام الفقهية في مذهب أبي حنيفة وقد ذكرنا ذلك . وإن ذلك سيز على مقتضى مذهب زفر الذي لا يجيز أن يتولى عاقد واحد عن الطرفين العقود المالية ، وقد خالفه في ذلك أئمة المذهب بالنسبة للأب والجد على ما بينا .

ثانيهما - أن ولاية الولي ليست عامة في كل الأحوال بمقتضى قانون المحاكم الحسبية فلإنها قد تخصص ، وذلك إذا تبرع متبرع للقاصر أو آل إليه ميراث ، واشترط المتبرع أو المورث ألا يتصرف فيه الأب أو الجد ، كأن توصى الأم المختلفة مع الأب - إلى ولدها ، وتشرط ألا يتصرف أبوه أو جده في ذلك المال الذي توصى به ، فإن من مصلحة القاصر أن ينفذ التبرع ، ومن العدالة أن ينفذ الشرط ، وعلى ذلك لا يدخل في ولايته التصرف في تلك الأموال إلا بإذن من المحكمة (٢) .

(١) ذكرت أحوال الوقف المادة ٢١ ونصها : « تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غالباً أو انتقل لتنفيذ الحكم بمقوبة في جنابة أو بالحبس مدة تزيد على سنة » .

(٢) نصت على ذلك المادة ٨ وهذا ما جاء فيها : « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بالألا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للوالى أن يتصرف فيه إلا بإذن من المحكمة » .

ولاية الجد

٣٨١ - ولاية الجد تتأخر عن وصى الأب في المذهب الحنفي ، وقلنا إنه المذهب الوسط ، لأن الشافعي يقدمه على وصى الأب ، ومالك لا يثبت له ولاية قط ، والجد موضع الكلام هو الجد الصحيح أبو الأب وإن علا .
ويشترط لولايته ما يشترط لولاية الأب ، وهو أن يكون عاقلاً رشيداً حراً متحداً للدين مع القصر .

ومع اتفاق أئمة المذهب الحنفي على أنه يتأخر في الولاية عن وصى الأب قد اختلفوا في قوة ولايته ، فأبو حنيفة وأبو يوسف قررا أن تصرفاته السائغة هي تصرفات وصى الأب ، غير أنه لا يجوز أن يتولى العقد مع القاصر ، من غير قيد إلا أن يكون غيباً فاحشاً ، وأما الوصى فهو مقيد على ما سنين .

وقال محمد : إن الجد كالأب في عموم ولايته وفي قوتها ، وإن تأخر عن وصيه ، وذلك لأن الجد يتولى هذه الولاية بوصف كونه أباً ، إذ الجد أب عند فقد الأب ، وما دمتنا قد اعتبرناه أباً عند فقد الأب ، فتكون له كل حقوق الأب ، وعليه كل واجباته وهكذا تستبين أحكام الشريعة بالاستقراء في الزواج والميراث والنفقات ، وتقديم وصى الأب عليه ، لأن الأب أراد ، لا لأنه في ذاته أقوى ولاية وأوفر شفقة ، وأكثر مراعاة لمصلحة القاصر .

وحجة الشيخين في اعتبارهما تصرفات الجد كالوصى أن الوصى مقدم في الترتيب على الجد ، فيجب ألا تزيد قوة ولايته عليه ، لأنها إن زادت كان في ذلك مناقضة للترتيب المتفق عليه ، ولاقتضى لا محالة أن يتقدم الجد على وصى الأب ، وذلك غير واقع والمفقى به قول الشيخين .

ويلاحظ أن الجد مع أن قوة ولايته لا تقل عن ولاية الوصى بالاتفاق لا يجوز له أن يبيع بعض أعيان التركة لسداد الدين إذا كان الورثة كباراً ، وإن ذلك جائز من الوصى بالاتفاق ، ووجه الفرق أن يوصى الأب خليفته في القيام بكل ما عليه من حقوق في تركته ، فهو الذي يسد ديونه بمقتضى

هذه الخلافة التي أعطاها إياه ، ويبيع أمواله في سبيل سداد هذه الديون ، حتى تبرأ ذمته بمقتضى هذه النيابة ، أما الجدد فإنه ليس له هذه النيابة ، لأن الأب لم يختاره لها ، ولكن يتولى أمور القاصرين بمقتضى الصلة التي تربطهم به ، فهو يتولى شئوهم ببنابة الشارع إياه عنهم ، وليست له نيابة عن المتوفى ، لأنه لم يعطه هذه النيابة ، ولذلك كان له أن يبيع لسداد ما يخص الأيتام من الدين ، أو ما يخصه هو ، لأن له الولاية على نفسه وعليهم .

هذا والقانون لم يفرق بين ولاية الأب والجدة من حيث الأصل بل ذكر الولاية بلفظ يشملها ، فقال للأب ، ثم للجدة الصحيح الولاية على مال القاصر وعليه القيام بهما ، ولا يجوز له أن يتنحى ، ثم عمم أحكام الولاية من غير أن يخص واحد منهما بمزايا دون الآخر ، فهل هو يعتبرهما في قوة واحدة سيرا على مقتضى مذهب محمد الذي جعل قوة ولايتهما واحدة ؟ الظاهر ذلك ، لأنه جعل الوصي المختار كسائر الأوصياء المقام من قبل القاضي ، وجعل الجدة الصحيح في درجة الولاية الأولى ، ولم تفرق التصرفات إلا في أمرين . أولهما - أن الجدة لا يجوز له التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بإذن المحكمة .

ثانيهما - أن الجدة يكون مسئولاً عن خطئه كالوصي ، أما الأب فلا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم .

والقانون لم يذكر الترتيب بين وصي الأب والجدة ، ويظهر أنه ترك ذلك للأحكام الفقهية ، لأنها المعمول بها ما لم يكن نص ينسخها ، فإن كان القانون القائم قبل تلك القوانين المعدلة ، فإن لم يوجد ما يلغى حكماً من أحكامها يكون هو الباقي .

الوصي المختار

٣٨٢ - الوصي المختار هو وصي الأب ووصي الجدة ، لأن الأب أو الجدة يختاره خليفة له في الولاية على القصر الذين هم في ولايته بعد الوفاة . والإيصاء يكون بعقد بين الموصي ، والوصي ، ويكون الإيجاب من

الموصى والقبول من الوصى ، ولكن القبول لا يشترط أن يكون فور الإيجاب ، بل يجوز أن يكون متراجحاً إلى ما بعد الوفاة ، لأن هذا الإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت ، فامتد القبول إلى ذلك الوقت ، وأيضاً ، فإن ثمرات هذا العقد لا تظهر إلا بعد الوفاة ، فكان القبول ممتداً إلى ما بعدها .

وإذا رد في حياة الموصى وفي حضرته بطل الإيجاب ، وكذلك إذا رد في غير حضرته وأعلمه بالرد أما إذا لم يعلم بالرد فلان الإيجاب لا يبطل ، حتى لا يموت مغروراً زاعماً أنه أوصى ، مع أن الإيصاء قد بطل ، وإذا لم يقبل ولم يرد في حياة الموصى ، (ومثل ذلك إذا رد ولم يعلم الموصى بالرد حتى مات) فإنه يكون له القبول والرد بعد الوفاة ، لأنه ليس هناك ما يلزمه بالوصاية ، إلا إذا كان قد تقيّد بالقبول في حياة الموصى ، فإنه يكون الإيصاء لازماً إذا مات الموصى ، والوصى مصر على قبوله ، ولم يكن منه ما يدل على الرجوع عن قبوله .

وإذا كان له حق القبول والرد بعد الوفاة ، فإن قبل ولو ضمناً ، فليس له أن يرد بعد ذلك ، لأنه التزم القيام بذلك الواجب ، فصار كالكفيل إذا التزم بأداء الدين ليس له أن يرجع في التزامه ، ومن القبول ضمناً أن يتصرف في تركة الموصى ولو كان لا يعلم بالإيصاء ، لأن الخلقة تثبت من غير حاجة إلى إعلام ، فإذا تصرف قبل الإعلام كان ذلك دليلاً على القبول إذا علم .

وإذا رد بعد الوفاة لا يعتبر الرد إلا بعد إقرار القاضي له عند أبي حنيفة والصاحبين ، وقال زفر يتم الرد وإخراجه من الولاية من غير حاجة إلى إقرار القاضي ، وثمره الخلاف تظهر فيما إذا رد ثم قبل من غير أن يصدر قرار من القاضي بإخراجه ، فزفر يقول ، إنه لا يصير وصياً ، والأئمة يقولون ، إنه يصير وصياً وحجة زفر أن الإيصاء لا يتم بإيجاب الموصى وحده ولو مات مصرأً على ذلك ، فإذا رد الموصى إليه بعد وفاة الموصى يلغى الإيجاب ، ويعتبر كأن لم يكن ، كالشأن إذا رد في حياته ، فإذا قبل بعده ، فإن قبوله لم يصادف إيجاباً فيكون لغواً ، وحجة أئمة المذهب الحنفي الثلاثة ، أو الموصى مات معتمداً عليه ، فإذا رد واعتبر رده من غير إقرار القاضي كان في ذلك (م ٣١ - الأحوال الشخصية)

ضرر بالميت ، وضرر بالقاصر ، إذ يكون المال من غير وال عليه حتى يعين للقاضي ، وضرر الإجبار إلى أن يرى القاضي أخف من ضرر الضياع ، والضرر الأقل يقبل بجوار دفع الضرر الأكثر ، وإذا كان الضرر عليه شديداً أخرجه القاضي وأزال الضرر عنه ، ولأن الرد كان لا يعتبر في حياة الموصى إلا إذا كان في حضرته ، وبعد وفاته يقوم القاضي مقامه ، ويقر القاضي الرد إن كانت مضرة الوصى بإمضاء الإيصاء أشد من مضرة القاصر .

والإيصاء عقد غير لازم ما دام الموصى حياً ، فلموصى أن يرجع فيه في أي وقت شاء ، لأنه يشبه الوكالة ما دام حياً ، وكذلك للموصى إليه أن يرد بعد قبوله في أي وقت شاء بشرط إعلام الموصى برده كما بينا .

٣٨٣- وللموصى أن يوصى إلى اثنين أو أكثر ، فإن الإيصاء يصبح إذا قبله على النحو الذي بيناه ، وإذا لم تخصص واحداً منهما بعمل فإن الولاية تثبت لكل واحد منهما كاملة ، ولكن ليس لأحدهما أن يتفرد بالتصرف في أمر دون الآخر عند أبي حنيفة ومحمد إلا إذا أجاز الموصى لكل واحد منهما أن يتفرد بالتصرف أو كان الأمر لا يحتاج إلى رأى وتدير ، كقبول هبة تحصيل وأجرة ، أو بيع ما يحشى من التأخير الضرر ، بحيث تفوت مصلحة مؤكدة إذا انتظر رأى الآخر .

وقال أبو يوسف إن لكل الوصيين أن يتفرد بالتصرف ، لأن الولاية تثبت له كاملة ، فله أن يتصرف منفرداً ، كولين في الزواج يكونان في درجة واحدة فيكون لكل واحد منهما أن يزوج من غير انتظار لرأى الآخر ما دام في مربته ولأن الوصاية خلافة ، والخلافة عن الميت تثبت كاملة ، فيكون لكل واحد ما للميت من غير انتظار رأى الثاني .

وحجة الطرفين أن هذه الولاية تثبت بتفويض الموصى ، وهو ما فوض لأحدهما منفرداً ، بل فوض لهما مجتمعين ، وتصرفهما حال اجتماع رأيهما ، ليس كتصرف أحدهما ، ولم يرض إلا بالاجتماع ، ولأنه ما ضم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ أن أحدهما يعجز منفرداً عن إدارة أموال القاصر فكان لابد من أن يتصرف كلاهما برأى صاحبه ، ولأنه لو أجز لكل واحد منهما أن يتصرف من غير رأى الآخر لتعارضت التصرفات وتضطرب

الإدارة ، ولا تستقيم الأمور . والوصايا تقبل التخصيص عند أبي حنيفة ، ولا قبلها عند أبي يوسف ، واختلفت الرواية عن محمد ، وعل ذلك إذا أوصى إلى شخصين على أن يكون أحدهما مختصاً بإدارة الدور والحوانيت ونحوها ، والآخر مختصاً بإدارة الأراضي الزراعية والبساتين ، فإن كل واحد منهما يكون مختصاً بما خصص به في مذهب أبي حنيفة ، ويكون وصياً في الكل في مذهب أبي يوسف ، وحجة أبي يوسف أن الولاية خلافة لا تثبت إلا كاملة فلا تثبت مجزأة ، فلا تقبل التخصيص ، وحجة أبي حنيفة أن الوصاية كالوكالة تقبل التفيد ، وقد يكون الشخص محسناً لبعض الإدارة دون بعضها الآخر .

وقبل أن نترك الكلام في الإيصاء نقرر أن الإيصاء شرط استمراره صحيحاً إلى وقت موت الموصى أن يستمر الموصى عاقلاً إلى وقت وفاته . فإذا جن الموصى أو عته ، ولو بعد قبول الموصى إليه ، فإن الإيصاء يبطل ، ولو استفاق بعد ذلك ، فإنه لا بد من إيجاب جديد ، وذلك لأن الإيصاء تصرف غير لازم ، والتصرفات غير اللازمة يشترط في بقائها ما يشترط في إنشائها ، من الأهلية مكاملة لمنشئها .

ويشترط في الوصى الذي يختاره الأب أو الجد أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً حراً ، متحد الدين مع المولى عليه عدلاً ، أميناً غير فاسق ، والعبرة باستيفاء هذه الشروط بعد الوفاة لا قبل ذلك لأن ذلك وهو وقت تنفيذ الإيصاء ، وهذه الشروط ليست شروطاً للإنشاء ، بل للشروط للنفذ .

فإذا كان الوصى غير مستوف للشروط بعد الوفاة فإن القاضي يخرجها ولا يمكنه .

٣٨٤ - هذه شروط الإيصاء وأحواله في الفقه الحنفى ، ولتنظر في شروط الوصى المختار في القانون .

يشترط القانون في الوصى المختار ما يشترطه الفقه ، فيشترط العدالة والكفاية ، وأن يكون ذا أهلية كاملة ، كما يشترط أن يكون من دين القاصر وطائفته واشترط مع ذلك ألا يكون محكوماً عليه في جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو جريمة من الجرائم المحلة بالآداب أو غير ذلك

من الجرائم الماسة بالشرف ، وهذا في الحقيقة داخل في شروط العدالة ، كما يشترط ألا يكون محكوماً بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

هذا ويلاحظ أمران ، (أحدهما) أن الوصى المختار كان في قانون المحالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لا يتولى أمر الوصاية إلا بعد إقرار المجلس الحسبي للاختيار ، فلا ولاية له قبل ذلك ، فكان المجلس هو الذي يتولى التعيين ، والموصى له الاقتراح فقط .

أما القانون الصادر في سنة ١٩٤٧ ، فإن المحكمة ليست لها فيه سلطة رد الوصاية إذا كانت مستوفية للشروط التي يشترطها الفقه ، ويشترطها القانون ، ولكن تعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبتها فقط ، ولا يمكن للمحكمة أن تثبت وصاية إلا إذا كان الإيصاء ثابتاً بورقة رسمية أو عرقية مصدق على الإمضاء فيها ، أو ورقة عرقية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعة بإمضائه ، فإن لم تكن ثابتة بذلك لا يلتفت إليها .

وهذا في الواقع سير على نسق إثبات الوصايا ، والتصرفات التي تسند إلى المتوفى في أثناء حياته ، فالوصية لا بد لإثباتها من إحدى هذه الطرق ، والطلاق إذا ادعى بعد وفاة من استند إليه يثبت بما هو قريب من ذلك .

وقد أبقى ذلك الإثبات المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

(الأمر الثاني) أن قانون سنة ١٩٤٧ ذكر وصى الأب ، ولم يذكر وصى الجدد . فهو يقول : « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر ، أو للمحمل المستكن ... » ولم يذكر جواز ذلك للجد ، فهذا يدل على أنه يعتبر الوصى المختار من الأب ولا يعتبر الوصى من الجدد الصحيح ، وإن في ذلك سيراً على بعض اتجاهات الإمام مالك الذي لم يثبت الولاية للجد ، ولا لوصيه فخالفه القانون في الجدد ، ووافقه في وصية ، وقد تقرر ذلك أيضاً بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٣ .

٣٨٥ - تصرفات الوصى المختار : الوصى المختار إذا كان عدلاً أميناً مستوفياً لكل شروط الصلاحية للولاية على الغير تكون تصرفاته من ناحية الشريعة كتصرفات الأب ، إلا في أمور منها :

أولاً - بيع العقار ، فبيعه يجوز من الأب ، بلا قيد ولا شرط إلا أن يكون البيع بغير فاحش ، فإنه لا يجوز ، ويكون التصرف لازماً للقاصر إلا إذا رأى القاضي أن في البيع ، ولو من غير غبن ضرراً بالصغير ، فإنه يتدخل لتقصه حفظاً لمصلحة الصغير على ما بينا في تصرفات الأب .

أما الوصي ، فإن بيع العقار لا يجوز منه إلا بأحد أمرين :
(أحدهما) وجود مسوغ لبيعه .

(وثانيهما) أن يكون في البيع نفع ظاهر له .

أما الأول فبيان يكون ببيان المسوغات ، وقد أحصاها الفقهاء بستة هي :

(أ) أن يكون القاصر محتاجاً للإنفاق ، ولا مال يتفق منه ، وليس له عروض أو منقولات يمكن بيعها والإنفاق من ثمنها ، فإنه يجوز البيع منه بقدر سد هذه الضرورة ، بشرط ألا يكون البيع بغير فاحش ، كسائر العقود التي يتولاها الأولياء على القصر .

(ب) إذا كان على الميت أو على القاصر دين ، وليس ثمة نقود بسد منها ولا منقول يكفي ، ففي هذه الحال يباع من العقار بقدر ما يكفي لسداد الباقي من الدين .

(ج) أن يكون الموصى قد أوصى بوصية مرسله من النقود ، وليس في التركة مال يكفي لسدادها ، ولا منقول يباع في سبيل السداد ، فإنه يباع من العقار ما يكفي لهذه الوصية بشرط ألا يكون ثمة غبن فاحش .

(د) إذا كان العقار في يد متغلب ، ولا يمكن استخلاصه منه ، ووصى بدفع ثمنه من غير غبن فاحش فإن البيع يجوز .

(هـ) إذا وجد أن العقار ليس له غلات تزيد على نفقاته ، ويمكن أن يشتري بثمنه ما يدر غلات تفضل على النفقات ، فإنه يباع ، ويشتري بثمنه ما يدر غلات أوفى .

(و) أن يخشى عليه التقصان ، بأن كان بجوار البحر ، ويأكله البحر عاماً بعد عام فإنه يجوز بيعه من غير غبن فاحش .

هذه هي المسوغات لبيع العقار ، فإن لم تكن هذه المسوغات ، فلا يجوز البيع إلا إذا كان الأمر الثاني ، وهو الخيرية الظاهرة ، وذلك بأن يبيعه بضعف قيمته ، فإن لم تكن تلك الخيرية الظاهرة فلا يجوز البيع .

والسبب في منع الوصى من التصرف في العقار إلا بهذه القيود ، وتسويغ ذلك للأب - أن الأب وافر الشفقة ، فإذا كان حسن الرأي والتدبير مع وفور شفقته ، فقد اجتمع له بذلك ولاية كاملة ، فيكتفى بالأب لا يكون التصرف واضح الضرر في العقار والمنقول ، أما الوصى فإنه غير وافر الشفقة ، وإن كان حسن الرأي ، فكان الاعتبار الأول في ولايته هو الحفظ والصيانة والتصرف الذي لا يعرض رأس المال للخطر ، والعقار مصون بنفسه محفوظ . فلا يصح بيعه ما دام لا خطر عليه ، ويدر غلات منتظمة .

الأمر الثاني - مما يختلف فيه الأب ومثله الجدة في هذا ، عن الوصى المختار ، أن الأب والجدة يجوز لهما أن يبيعا للقاصر ، ويشتريا منه العقار والمنقول بمثل القيمة وبالفين اليسير ، وأن يتوليا طرفي العقد ، أما الوصى فليس له ذلك عند الإمام محمد ، لعدم وفور شفقته ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز ذلك منه بشرط الخيرية الظاهرة ، وذلك بأن يشتري منه العقار بضعف القيمة ، ويبيعه له بنصف القيمة ، وأن يشتري منه المنقول بالقيمة ونصفها ، ويبيعه له بثلثي القيمة .

الأمر الثالث - أن الوصى لا يجوز له أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من زوج ، أو أصول أو فروع ، ولا أن يشتري من هؤلاء إلا بالخيرية الظاهرة ، وأبو حنيفة يشترط لتحقيق الخيرية أن يكون البيع بأكثر من القيمة ، والشراء بأقل منها ، وعند الصحابين تكون الخيرية بالأب يكون غيب ولو كان يسيراً ، وإن البيع أو الشراء ممن لا تقبل شهادتهم له جائزة من الأب والجدة من غير قيد ، إلا قيلاً واحداً ، وهو ألا يكون ثمة غيب فاحش .

الأمر الرابع - أنه لا يجوز رهن ماله للصغير في دين للصغير عليه ، ولا أن يرتهن لمال الصغير في دين له على الصغير ، لأنه لا يجوز أن يتولى

طرفى العقد إذا لم تكن الخيرية ظاهرة ، ولا يمكن تحقق ظهور الخيرية في الرهن والارتهان ، فلا يجوز تولى العقد بالنيابة عن الطرفين فيه .

هذه هي الأمور التي يفرق فيها الوصى المختار عن الأب في تصرفاته ، وفيما عدا هذه الأمور ، فإنه يجوز له أن يتصرف كل التصرفات التي يملكها الأب .

٣٨٦ - والوصى المختار له أن يوصى إلى غيره ، فإذا أوصى إلى غيره ، كان وصياً ، وذلك لأنه خليفة الأب أو الجد ، وله أن ينقل هذه الخلافة إلى غيره ، وإذا أوصى إلى شخص في تركته كان وصياً على القاصر الذي هو وصى عليه أيضاً ، وقال الشافعي إن الوصى ليس له أن يوصى ، لأن الميت فوض إلى رأيه هو دون رأى غيره ، فلا يصح أن يوصى إلى غيره ، كما أنه ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن عام أو خاص ، وحجة الحنفية أن الولاية قد انتقلت إليه بالخلافة عن الميت ، فيصح أن يوصى بها لغيره ، كما أن المحدث أن يوصى لغيره ، وأن الإيصاء معناه نقل ما كان يملكه من ولاية إلى من أوصى إليه ، وقد كان هو له ولاية في أمواله وأموال القاصر ، فن يخلفه في الولاية يكون وصياً في تركته وفي أموال القاصر الذي آلت ولايتها إليه .

٣٨٧ - والوصى - الأصل فيه الأمانة ، ويستمر على ولايته ما دام عدلاً قادراً على القيام بشئون القصر ، وإن كان عاجزاً عن القيام بشئون القصر ضم إليه القاضي من يعينه ، وإن كان للقاضي عزله .

ولقد ذكر الطحاوي في مختصره « وأن الأوصياء ثلاث مراتب : وصى مأمون على ما أوصى به إليه مضطلع للقيام به ، فلا يجوز للقاضي أن يعترض عليه ، ووصى مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم بمن يعاونه ، ووصى غير أمين ويخوف على ما أوصى فيه ، فإن القاضي يخرج به ويعين غيره » .

ولقد قال الزيعلي في القسم الثاني إنه إذا ظهر للقاضي عجزه أصلاً استبدل به غيره رعاية للمجانين ، وعلى ذلك يكون من الواجب على القاضي إبقاء الوصى الأمين القادر ، وعزل الخائن ، وله ضم مشرف إليه ، ويكون من الواجب عليه ضم قادر يعاون من كان يستطيع في الجملة ، ويحتاج إلى معونة ، وله عزله إذا كان عاجزاً من كل الوجوه .

٣٨٨- وقبل أن نترك الكلام في الوصاية والولاية من الوجهة الشرعية

تشير إلى ثلاث مسائل :

(إحداها) أن الوصى والولى أمينان على ما تحت أيديهما من أموال . فما يهلك من غير تعد ولا تقصير في المحافظة لا يكون مضموناً ، وإذا مات أحدهما مجهلاً مال القاصر من غير أن يميزه من ماله . فإن القواعد العامة كانت توجب تضمينه لأن التجهيل استهلاك المال القاصر . والاستهلاك يوجب الضمان وكذلك الشأن في كل الأمانة إذا جهلوا ما تحت أيديهم من أمانات ، ولكن الولى والوصى استثنيا من ذلك الحكم ، لأن تجهيلهما ليس استهلاكاً دائماً أو لم يتعين له . إذ لهما التصرف في مال القاصر ، ويجوز أن يكونا قد تصرفا تصرفاً سائفاً شرعاً . وصرفت الأموال في تلك التصرفات . فلا يتعين تجهيلهما للتعدى . وعلى ذلك لا ضمان مع هذا الاحتمال .

وإن ذلك الحكم يصح تطبيقه بحكم القانون على الأولياء في بعض الأحوال دون الأوصياء ، لأن الأوصياء يجب عليهم بمقتضى القانون إيداع أموال في أحد المصارف الذى تختاره المحكمة ، أما الولى فليس بملزوم ذلك الإلزام في كل الأحوال ، فجاز منه أحياناً تلك الخلطة التى قد تؤدى إلى ضياع مال القاصر .

المسألة الثانية - أجر الوصى : قال الله تعالى في شأن الأولياء والأوصياء « ومن كان غنياً فليستغفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » وقد اختلف الفقهاء في فهم هذه الآية الكريمة واختلفت آراؤهم الفقهية باختلاف فهمهم ، ففريق قال إن الغنى لا أحر له والفقير له أجر ، لأنها طالبت الغنى بالاستغفاف وسوغت الفقير أن يأكل بالمعروف ، وفريق آخر قال ، إن الآية لا تجيز للغنى والفقير أجراً ، لأنها أمرت الغنى بالاستغفاف ، وأجارت للفقير أن يأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أجراً ، ووجهة ذلك رأى من القياس أن القيام على شأن القاصر قرينة فلا أجر عليها .

وفريق ثالث قرر أن للوصى أن يأخذ أجراً غنياً كان أو فقيراً لأنه عمل عملاً يستحق عليه أجر ، والقربة في القيام عليه بالأمانة ، والآية الكريمة لم تمنع الأجر ، ولكنها حثت الغنى على التبرع ، فهى لم تمنع الأجر ، ولكن

أشارت إلى أن الأحسن من الغنى هو التبرع بها ، لتكون القرية خالصة لله سبحانه .

والعمل جار على ذلك من قبل ، والآن فللوصى إذا طلب تقدير أجره قدرت له أجره كفاء ما يقوم به من عمل .

المسألة الثالثة - أن القانون سوغ للأب أن يقيم وصياً على الحمل المستكن كما يقيم وصياً على أولاده الذين هم في ولايته وإذا لم يقيم الأب وصياً على الجنين ، ولم يكن جد أقامت المحكمة وصياً . ومن هذا يفهم أن الحمل تثبت عليه ولاية ، وهو حمل ، ويكون الوصى هو المختار من الأب أو المقام من المحكمة التي لها ولاية على الحمل ، وهو جنين .

الحق أن الفقهاء قرروا صحة إقامة وصى الحمل ، ولكن الولاية عليه ، لا تثبت إلا بعد انفصاله حياً ، وأن أمواله تكون تحت يد أمين في مدة الحمل حتى يولد مستحقاً لما حفظ له من ميراث وما يستحقه من أوقاف ، ووصايا ، وعلى ذلك لا يصح أن يكون للوصى الذى يقام على الحمل ولاية التصرف في مدة حملة ، ويصح أن يكون هو الأمين الذى يحفظ أمواله ، والقانون اعتبره وصياً في مدة الحمل ولكن اعتبره أميناً غير وصى في مدة الحمل أولى ، لأن الوصى له حق التصرف في المال ، والأمين ليس له إلا حق المحافظة على المال ، وإن ذلك هو الاحتياط ، إذ يجوز أى ينزل الجنين ميتاً فلا يستحق شيئاً ، فكيف يسوغ التصرف في مال لم يتقرر بعد ملكيته للجنين ، إذا لم يتقرر شرط الاستحقاق ، وهو الولادة حياً .

٣٨٩ - هذه هي أحكام الوصى المختار في مذهب أبى حنيفة الذى كان معمولاً به من قبل ، أما في القانون القائم ، كما كان في قانون المحالس الحسينية السابق ، فإنه خاضع لمراقبتها خضوعاً تاماً ، شأنه في ذلك كشأن القوام على السفهاء وذوى الغفلة ، والأوصياء المقامين من قبل القاضى ، والوكلاء على أموال الغائبين المقامين من تلك المحاكم أو المختارين منهم قبل غيبتهم .

ولتكلم أولاً في شرط التعيين فيمن تقيمه المحكمة وصياً على القاصرين ، وقياً على السفهاء وذوى الغفلة ، ثم نتكلم ثانياً على ما يملكون من تصرفات ، ثم نتكلم ثالثاً على محاسبتهم ، ثم على عقوباتهم ، ثم عزلهم .

٣٩٠ - يشترط فيمن تعينه المحكمة الحسبية وصياً أو تثبته إذا كان وصياً مختاراً من قبل الأب (١) أن يكون عدلاً كفوفاً ذا أهلية كاملة . (٢) وألا يكون محكوماً عليه في جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف . وألا يكون مشهوراً بسوء السيرة ، أو لم تكن له وسيلة مشروعة للرزق (٣) وألا يكون محكوماً بإفلاسه . (٤) ولا يكون قد حكم بسلب ولايته أو عزله من الولاية على قاصر آخر . (٥) وألا يكون الأب قد قرر حرمانه من التعيين قبل وفاته ، وثبت ذلك بورقة رسمية أو عرقية مصدق عليها بإمضائه فيها ، أو مكتوبة كلها بخطه ، وعليها توقيعه . (٦) وألا يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر ، وألا يكون بين القاصر وأحد أصول الوصي أو فروعه أو زوجه نزاع قضائي أو خلاف عائلي كذلك . (٧) وأن يكون من طائفة القاصر . فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، فإن لم يكن فمن أهل دينه ، والطائفة كالأقباط ، والمذهب كالأرثوذكس ، أو الكاثوليك ، والدين كالمسيحية واليهود (١) .

والوصي على الحمل المستكن شروط تعيينه هي شروط الوصي على غيره ويجب عليه بمجرد نزول الولد حياً أو ميتاً أن يبلغ النيابة بانفصاله ، لأنه إن انفصل ميتاً يكون ما كان موقوفاً له من أموال من حق غيره من الورثة ، وإن انفصل حياً ثم مات بعد ذلك يكون ماله لورثته ، وليس لوصيه شأن بها إلا بقرار آخر ، وإن انفصل حياً واستمر على قيد الحياة فإن الوصايا تستمر ما لم تعين المحكمة غيره (٢) غير أن يده في حكم النفقة تنتقل من يد حافظة لا تنصرف إلا تصرفات الغرض منها المحافظة فقط - إلى يد مديرة متصرفة .

وقد ذكر القانون حكم ما إذا كانت مصلحة القاصر متعارضة مع مصلحة الوصي ، أو مع مصلحة زوجه أو أصوله أو فروعه ، أو مع من يمثله الوصي كأن يكون الوصي ناظراً على وقف ، والقاصر مستحق فيه ، وهو ينازعه في هذا الاستحقاق ، فهنا نجد مصلحة القاصر متعارضة مع من يمثله

(١) المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المادة ٢٨ و ٢٩ من المرسوم المذكور .

الوصى ، ومثال تعارض مصلحة الوصى مع مصلحة القاصر أن يكون بينهما شركة في عين ، أو أن تكون عقارات الصغير مؤجرة من قبل للوصى أو لأحد أصوله أو فروعه ، ففي هذه الصور وأشباهاها قد تتعارض فيها مصلحة القاصر مع الوصى ، أو من لا تقبل شهادتها له أو من يمثلهم ، فإذا كان التعارض في المصلحة بلغ حداً يخشى منه على مال القاصر لا تعينه المحكمة وصياً عليه ، كما ذكر في شروط الوصى ، وإن لم يبلغ حداً يخشى على ماله منه تعين المحكمة وصياً خاصاً ، حتى يزول التعارض ، وتعين المحكمة وصياً خاصاً كذلك في شئون العقود التي تكون بين القاصر والوصى كما تعين وصياً خاصاً بالنسبة للأعمال التي تحتاج إلى دراية خاصة ، أو للأموال المتبرع بها التي اشترط المتبرع ألا يتولاها ذلك الوصى .

ويصح أن يكون الوصى الخاص هو الذي تعينه المحكمة للخصومة .

إذا كان التعارض يؤدي إلى تحكيم القضاء ، ليفصل القانون ، كأن يكون نزاع على استحقاق في وقف ، والوصى هو الناظر ، فإن المحكمة تعين وصياً لهذه الخصومة خاصة ، وإن حق المحكمة مطلق في تعيين الخصومة المالية ، ولو لم يكن للقاصر مال تقرر عليه وصاية (١) .

٣٩١ - تصرفات الوصى بمقتضى القانون : التصرفات تنقسم إلى ثلاثة

أقسام :

(١) تبرعات ، وهي باطلة من الوصى ، فلا يتصرف بطريق التبرع قط ، فلا يهب ولا يقف ولا يوصى ، ولا يحاي في معاملة محابة تصل إلى حد التبرع ؛ بأن يكون فيها غبن فاحش ولم يستثن نص القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ للوصى ما استثناه بالنص للولى ، وهو التبرع لواجب إنساني ، أو واجب يتعلق بالأسرة ، بإذن من المحكمة .

ونرى أن القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وإن لم يستثن ذلك للوصى بالنص ، فإن هذا الاستثناء يجيء إن لاحظنا مرمى القانون وغاياته ، لأن الولي لم يكن

(١) المادة ٣١ - من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هي التي بينت أحكام التعارض .

حقه مطلقاً في التبرع الإنساني أو العائلي ، إنما كان بإذن من المحكمة الحسبية ، فالحق في الواقع كان للمحكمة ، ولا فرق بين أن يكون المستأذن هو الولى أو الوصى ما دام الأمر إلى المحكمة في النهاية ، ولذلك نرى أن الاستثناء الذى ثبت للولى يثبت هنا أيضاً .

وقد جاء المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فصرح بجواز التبرع لواجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة (١) .

والقسم الثانى - تصرفات إدارة كإجارة الأرض الزراعية ، أو الدور ما دامت الإدارة لم تقيد الأعيان لمدة طويلة أو تعرضها للضياع ، أو لم تكن معاملة للوصى مع القاصر ، وهذه التصرفات تجوز من الوصى من غير حاجة إلى استئذان المحكمة ، ومثل هذا قبول الهبات غير المقترنة بشرط .

القسم الثالث - تصرف يمس رأس المال ، بأن يكون متعلقاً به ، بإخراجه من ملكه ، أو يؤدى إلى إخراجه من ملكه أو يعرض المال للضياع أو يكون معاملة بين الوصى والقاصر ، وهذا لا يجوز من الوصى إلا بعد استئذان المحكمة وإذنها .

وعلى ذلك لا يجوز للوصى أن يتولى القسمة بين القاصر وغيره بالتراضى إلا بإذن من المحكمة ، والمحكمة التى تقرر العقد وتصدق على القسمة ، وكذلك التصديق على القسمة القضائية يكون من اختصاص المحكمة الكلية .

ولا تجوز التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة ، وهى :

(١) التصرف فى أموال القاصر بالبيع والشراء ، أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو الاقتراض أو أى نوع آخر من التصرفات الناقلة للملكية ، أو المرتبة لحق عينى .

(٢) تحويل الديون التى تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه .

(٣) استغلال الأموال بالتجار ونحوه وتصفية التجارة واقتراض المال القاصر ، وإقراض مال القاصر .

- ٤٩٣ -

- (٤) إجارة عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة في المباني
- (٥) إجارة عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .
- (٦) قبول التبرعات المقترنة بشرط ، أو رفضها .
- (٧) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مضياً بها من جهة مختصة .
- (٨) الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه ، مما يتصل بأعمال الإدارة .
- (٩) الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ .
- (١٠) رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيرها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .
- (١١) التنازل عن الدعوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام .
- (١٢) التنازل عن التأمينات أو إضعافها .
- (١٣) إجارة الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته ، أو لأحد أقاربه أو أصحابه إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكن الوصى نائباً عنه ، أى كل عقد إجارة يكون فيه مظنة محاباة للوصى ، أو من يتصل به ، أو يتولاه الوصى بالنياية عن طرفين .
- (١٤) ما يصرف في تزويج القاصر .
- (١٥) تعلم القاصر إذا احتاج النفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة (١) -

هذه تصرفات الوصى فى أموال القاصر ، ما يمنع منها ، وما يجوز من غير استئذان ، وما لا يجوز إلا بإذن من المحكمة ، ويجب التنبيه إلى أنه ليس للولى أن يحفظ مال القاصر فى أى مكان شاء ، بل عليه أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف الذى تشير به المحكمة - كل ما يحصله من نقود مدخرة له بعد حجز ما يحتاج إليه من أموال ينفق منها القاصر ، وما يحتاج إليه الإدارة من الأموال ، وإنه لا يجوز أن يتأخر ذلك الإيداع عن خمسة عشر يوماً ، تبتدىء من تاريخ تسلم هذه الأموال .

ولا يجوز بحسب شىء من تلك الأموال إلا بإذن من المحكمة .

وكذلك على الوصى أن يودع باسم القاصر فى أحد المصارف الذى تشير به المحكمة - ما للقاصر من أسهم وسندات وجواهر وحلى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها (١) .

وبذلك الإيداع تحفظ أموال القاصر من أن تتعرض للضياع ، أو تذهب بموت الوصى مجهلاً مال القاصر .

٣٩٢ - محاسبة الوصى وعقوبته : لقد قرر القانون أن على الوصى أن يقدم كل عام حساباً سنوياً مبيناً ما أنفقه بمستنداته ، وما قام به من تصرفات ، وما حصل من نقود ، وأدلة إيداعها ، وبعبارة عامة عليه أن يثبت أنه لم يتجاوز ما حده القانون من تصرفات إذا طلب إليه ذلك ، ولا يعنى من هذا الحساب إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحاسب الوصى فى هذه الحال ، إذا رأت مصلحة فى ذلك ،

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته (٢) .

وإذا أدى الحساب إلى إثبات تقصير فى الواجبات المفروضة عليه أو فى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة جاز للمحكمة أن تحكم عليه

(١) المادة ٤٣ و ٤٤ .

(٢) المادة ٤٥ من الرسوم بقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ .

- ٤٩٥ -

بغرامة مالية لا تتجاوز مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه ، وبعزله ، أو ببعض هذه العقوبات .

ويجوز لها إعفاؤه من الجزء المالى أو بعضه إذا نفذ ما ترتب عليه الحكم بالعقوبة من غير أن ينال القاصر ضرر ، أو إذا قدم أضراراً مقبولة (١).
وللمحكمة أن تعطى القاصر جزءاً من هذا الجزء المالى ، ليكون تعويضاً عما ناله من ضرر بسبب التقصير أو عدم التنفيذ .

وإذا أدى الحساب إلى شك فى أمانة الوصى أو إلى ثبوت خيانة عزلته ، أو وقفته ، وفى حال وقفه يعين وصى مؤقت حتى يزول خيب الوقف أو يعين وصى جديد ، ويسرى على الوصى المؤقت أحكام الوصاية المبينة بالقانون .

٣٩٣ - انتهاء الوصاية : تنتهى مهمة الوصى :

(١) بموت القاصر .

(٢) وببلوغه الحادية والعشرين عاقلاً رشيداً ، وإذا رأى الوصى قبل بلوغه الحادية والعشرين أنه سفيه لا يؤمن على أمواله أو ذو غفلة فعليه أن يبلغ المحكمة ، وهى تقرر استمرار الوصاية عليه ، وإذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً تستمر الوصاية ولو لم تقرر المحكمة استمرارها .

(٣) وتنتهى الوصاية بعودة الولاية إلى الأب أو الجد .

(٤) وبانتهاء العمل الذى أقيم له الوصى إذا كان وصياً مؤقتاً .

(٥) وبقبول استقالته ، لا بمجرد الاستقالة .

(٦) وبفقده الأهلية الكاملة أو ثبوت غيبته ، بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته .

(٧) وبالعزل ، ويكون بتخلف شرط من الشروط التى يشترطها القانون للوصاية (٢) ويكون أيضاً إذا صارت مصلحة القاصر فى خطر بسبب

(١) المادة ٨٤ .

(٢) المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٣ .

سوء إدارته أو إهماله أو عدم أمانته ، أو أى سبب آخر تراه المحكمة مسوغاً لعزله ، إذ يخشى على مصلحة الصغير مع بقاءه .

ولا تحكم المحكمة بالعزل إلا بعد تحقيق تقوم به المحكمة ، أو النيابة ، ويستمع فيه كلام الوصى وطالب العزل ، والمشفرف إن كان .

وعلى الوصى فى خلال ثلاثين يوماً من الأيام التالية لانتهااء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهده بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال ، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر التسليم (١) .

٣٩٤ - المشرف : أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار أو مع وصى القاضى ، إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصى فيما تحت يده من أموال بأن تكررت الشكوى منه ، وحصل الشك فى تصرفاته ، ولم يقم دليل يوجب العزل ، فى هذه الأحوال وأشباهاها تعيين المحكمة مشرفاً ، والمشفرف لا يتولى الإدارة ولكن يراقب أعمال الوصى ، وعلى الوصى أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال ، وعلى المشرف أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة وجب إطلاعها عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الإدارة إلا إذا انتهت الوصاية ، ولم يعين وصى جديد ، فإنه يدير الأموال إلى أن يعين وصى جديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التى يكون فى تأخيرها ضرر (٢) .

٣٩٥ - أجره الوصى : يقرر قانون المحاكم المختصة أن الوصاية على أموال القصر تكون بغير أجره ، إلا إذا طلب أجره ، ورأت المحكمة استحقاقه لهذه الأجره ، وقررت المحكمة تقدير أجره له ثابتة ، أو إعطاءه مكافأة عن عمل استحق عليه وحده الأجره .

(١) المادة - ٤٧ .

(٢) المادة ٥٠ .

ويستفاد من مضمون المادة - ٤٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن الأجرة - إذا قدرت تكون عن المستقبل لا عن الماضي ، لأنها تصرح في صدرها أن الأصل في الوصاية أن تكون بغير أجرة وأن تقدير الأجرة بناء على الطلب . وبتقدير المحكمة ، فتكون الأجرة ثابتة من وقت سببها وهو الطلب ، اللهم إلا أن يقال إن حق المحكمة مطلق ، فلها أن تقدر عن العمل في الماضي ، كما قدرت له عن المستقبل ، والمشرع كالوصي في الأجرة .

المفقود

٣٩٦ - تعرض قانون محاكم الأحوال الشخصية لأحكام الغيبة ، ومنها إقامة وكيل عن الغائب ، ولو كان مفقوداً ، فحق علينا أن نبين أحكام المفقود هنا ، والمفقود غائب لا يدرى مكانه ، ولا يعلم حاله ؛ أهو حي أم ميت ؟ ولا شك أن المفقود له أموال ، ولا بد من معرفة من يديرها وإلى من تنول إليه ، وله زوجة لا بد من معرفة مال أمرها ، ولا بد من أن ينتهى فيه إلى أمر ، يفرض حياً ، وإلى متى يستمر هذا الفرض ؟

ولنبداً بالكلام في هذا الجزء الأخير ، فنقول يفرض المفقود حياً ، حتى يصدر الحكم بموته ، وذلك لأنه غاب وهو حي ، فيستمر حكم الحياة حتى يقوم دليل على خلافها ، ولكن متى يحكم القاضي بموته ؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، فقال أبو حنيفة وأصحابه إنه لا يحكم بموته إلا بموت أقرانه الذين هم من سنه ، ويقدر موت أقرانه بعض الفقهاء ببلوغه تسعين ، وقيل ببلوغه عشرين ومائة ، وقيل ببلوغه سبعين ، وكل تقدير مبني على أساس ؛ فالسبعون قدرت على أساس أن هذه متوسط أعمار الأمة ما بين الستين والسبعين ومن يقدر بالتسعين أو العشرين والمائة فقد قدر أقصى الأعمار في نظره ، وإنما قدرت الوفاة بموت الأقران ، لأن حياته كانت مؤكدة ، فلما فقد استمرت باستصحاب الحال ، حتى يقوم الدليل على الوفاة ، ولا دليل في مثل هذا المقام إلا موت الأقران ، وإن قام دليل من

بينة أو نحوها على موته قبل ذلك ، يتقرر موته ، ولا يعد مفقوداً في هذه الحال ، لأن موته قد علم بدليل ، هو البينة ، ولا يحتاج ثبوت الموت في هذه الحال إلى حكم من القاضي إلا إذا كان ثمة نزاع في ذلك ، ويكون الحكم غير منقضى .

وقال الحنابلة إن كان قد فقد في حال يظن فيها الهلاك غالباً ، كخروجه في حرب ولم يعد ، بحكم موته بعد أربع سنين من فقدته بالنسبة للزواج والأموال معاً ، وإن خرج في حال لا يظن فيها الهلاك كسائح ، أو كتاجر فإنه يتحرى عنه بكل الوسائل ، فإن غلب على ظن القاضي من تتبع أخباره وما كان عليه من صحة - أنه قد مات حكم بموته ، وإلا فإنه ينتظر حتى يقوم قرينه أو يموت الأقران ، وهذه الحال تختلف فيها في المذهب الحنبلي ، وذلك أحد الأقوال فيه ، وهناك قول آخر ، إنه ينتظر حتى يموت الأقران .

وقال مالك إنه بالنسبة لزوجته بحكم بموته بعد أربع سنين من فقدته إن طلبت ذلك ، وتعتد عدة الوفاة إن حكم بموته بطلبها ، أما بالنسبة لأمواله ، فلا يحكم بوفاته إلا بعد وفاة أقرانه ، وحجة مالك أن الحياة هي الثابتة ، ويحكم بموته حتى يقوم الدليل على الوفاة بوفاته أقرانه ، ولكن ورد عن الصحابة أنهم أجازوا لمن غاب زوجها أربع سنين أن تعتد عدة الوفاة وتزوج غيره ، فاقصر على موضع الفتوى في الحكم بوفاته بعد أربع سنين إذا طلبت الزوجة ، وترك الأمر بالنسبة للأموال إلى أصل القياس .

وكان المعمول به قبل سنة ١٩٢٠ هو مذهب أبي حنيفة ، فكان لا يحتم بموته إلا بعد موت أقرانه ، ولما سن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ كان مما اشتمل عليه أن أخذ حكم زوجة المفقود من مذهب مالك ، كما جاء في المادة السابعة منه ، ولكن تلك المادة ألغيت بالمادتين ٢٩ ، ٢٢ ، من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واختير العمل بمذهب أحمد بن حنبل في بعض أحوال المفقود ، واختير قول مصحح منه في حال أخرى ، فكان للعمل على أن يحكم بموته بمجرد مضي أربع سنين إذا غاب بحال يغلب على الظن الهلاك فيها ، كالحرب ، والذهاب للصلاة مثلاً ثم لم يعد ، وهذا قول الإمام أحمد ، وأما إذا غاب في حال ليست مظنة هلاك ، كطلب العلم ، أو التجارة أو

السياحة ، فإنه اختير قول مصحح في مذهب أحمد ، وهو أن يتحرى بكل وسائل التحرى ، فإن غلب على ظن القاضى موته قضى بموته إذا طلبت زوجته أو أحد من ورثته ذلك ، فأمر المدة حينئذ يفوض إلى القضاء .

ولم يفرق في هذه الأحكام بين الزوجات والأموال ، لأنه لا يصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان ، فتفرض حياته في حال ، ويفرض موته في أخرى . فتفرض حياته بالنسبة لأمواله . ويفرض موته بالنسبة لزوجته ، وتعتمد عدة الوفاة ، كما هو مذهب مالك ، كما كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ولذلك كان حسناً ما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية : « رأت الوزارة أن تضع أحكاماً لأموال المفقود تصلح في الحال الموجود الآن ، وتتناسب مع حال العصر الحاضر بقدر المستطاع ، ولما كان بعض المفقودين يفقد في حال يظن معها موته ، كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود ، أو يفقد في ميدان القتال ، والبعض الآخر يفقد في حال يظن معها بقاءه سالماً كمن يغيب للتجارة ، أو طلب العلم أو السياحة ثم لا يعود - رأت الوزارة الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل في الحال الأول ، ويقول مصحح في مذهبه ، ومذهب الإمام أبي حنيفة في الحال الثانية ، ففي الحال الأول ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقدته ، فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها ، وقسم ماله بين ورثته . وفي الحال الثانية يترك أمر تقدير المدة التي يعيش بعدها المفقود إلى القاضى . فإذا بحث في مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله ، فلم يجده وتبين له أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت حكم بموته

(١) وهذا نص المادتين ٢١ و ٢٢ منه - ٢١ - يحكم بموت الذى يطلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته ، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً - ٢٢ - بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة بالمادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

هذا ويلاحظ أن السنة التي يكون بها التقدير في المدة هي السنة الهلالية ، لأن القانون المذكور لم يبينها ، كما بين السنة الخاصة بنفقة العدة ، وبثبوت النسب بأنها السنة التي تقدر (٣٦٥ يوم) وترك تقدير السنة بالنسبة للمفقود ، فكان ذلك دليلاً على أنها مقدرة بالسنة الهلالية التي هي الأصل في التقدير الشرعي فيتبع إلى أن ينص على غيره .

كما يلاحظ أن القرائن التي تثبت الوفاة إن كانت أدلة قوية تبين وقت الوفاة تبيناً دقيقاً يحكم بالوفاة بناء عليها ولا يكون مفقوداً ، بل يكون معلوم الوفاة ويعتبر متوفى وقت ثبوت الوفاة لا من وقت الحكم ، وإن كانت قرائن تقديرية كانت الوفاة من وقت الحكم .

٣٩٧- وإذا حكم بموته اعتبرت وفاته بالنسبة لزوجته من وقت الحكم ، فتعتد عدة الوفاة من وقت الحكم بموته ، وكذلك بالنسبة للأموال التي كان يملكها عند غيبته ونماؤها ، فإن الموت أيضاً يكون من وقت الحكم وعلى ذلك لا يرث أمواله التي كانت ثابتة له من وقت غيبته ونماؤها إلا ورثته الموجودون وقت الحكم . أما الذين ماتوا قبل ذلك ، فلمهم لا يرثون فيه ، لأن فرض الحياة كان قائماً ، ولم تعتبر الوفاة إلا بعد ذلك ، أي من وقت الحكم ، فلا تستند إلى ما قبله .

وأما الأموال التي كان يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكون مفقوداً ، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت سبب الملكية ، أي أنه يعتبر بالنسبة لها ميتاً من وقت الغياب ، وذلك لأن حياته ثابتة بما يسمونه في الفقه استصحاب الحال ، أي اعتبار حال الحياة التي كانت قبل الفقه ثابتة بعده ، واستصحاب الحال يصلح سبباً لإبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح سبباً لاكتساب حقوق جديدة ، وعلى ذلك إذا مات له قريب يرث منه قبل الحكم بموته ، فإن حقه في الميراث يستمر موقوفاً ، حتى يحكم القاضي بموته أو يحضر ، فإن حضر أخذه ، وإن حكم القاضي بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتاً وقت وفاة ذلك القريب .

٣٩٨- وإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال قائم يأخذه ، وما استهلكه الورثة ، أو أخرجه عن ملكهم ، فإنه لا يسترد قيمته ولا مثله ، لأنهم لا يضمنون ، إذا تصرفوا فيه على أساس أنه ملك لهم بحكم شرعى سليم . ولا يضمن من يتصرف بحكم قضائى ، كذلك الحكم بالنسبة للأموال التى كان يرثها .

أما بالنسبة لزوجته ، فإن كانت لم تزوج ، أو تزوجت ولم يدخل بها فإنها تعود إلى المفقود ، لأن زوجيته قائمة ، وتبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم كان باطلا فتعود إليه ، وأما إذا كانت قد تزوجت غيره زواجا صحيحاً فى الظاهر ودخل بها ، ولم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها ، فإن الزوجة تكون للثانى ، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى . وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر ، فتكون له ولا يفسخ ، أما إن علم بحياته قبل الدخول فهى للمفقود .

والحكم الخاص بالزوجية هو رأى مالك ، وهو منصوص عليه فى قانون سنة ١٩٢٠ فى المادة - ٨ - ونصها : « إذا جاء المفقود أو يجهى وتبين أنه حى ، فزوجته له ما لم يتمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

وهذا الرأى للمالك هو آخر آرائه وقد قال قبل وفاته بسنة . ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثانى سواء أدخل بها أم لم يدخل ، ورأى أبى حنيفة أنها للأول ، لتبين بطلاق الثانى كالزواج بكل محرمة عليه ، والله سبحانه وتعالى الموفق وهو الهادى إلى الصواب .

٣٩٩- هذا والقانون قد نظم أحكاماً توجب رقابة على أموال الغائبين ووكلائهم ، فعرف الغائب بأنه كامل الأهلية الذى لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققه ولكنه هجر وطنه راضياً ، أو غير راض وحيل بينه وبين العودة إليه ، أو إدارة شئونه بنفسه ، أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه ، أو مصالح غيره .

وترى أن هذا التعريف يشمل المفقود وغير المفقود

— ٥٠٢ —

والغائب يتولى أعماله وكيله إذا كان قد ترك توكيلاً عاماً في إدارة أمواله ،
كل ما يملكه من تصرفات تتعلق بها ، فإذا لم يترك وكلاً أقامت المحكمة عنه
وكيلاً ، ووكيل الغائب سواء أكان موكلًا من قبله ، أم كان معيناً من قبل
المحكمة يسرى عليه ما يسرى على الأوصياء من أحكام .

وتنتهى الوكالة بموت الغائب أو بالحكم بموته من المحكمة المختصة ، إن
كان مفقوداً ، وبزوال سبب الغيبة إن لم يكن مفقوداً .

هذا ما تيسر لنا بيانه في هذا الكتاب والله سبحانه وتعالى ولى التوفيق ، ، ،



بيان ما يشتمل عليه الكتاب

(٣) إفتتاحية الطبعة الثالثة (٤) إفتتاحية الطبعة الثانية (٥) إفتتاحية الطبعة الأولى (٧) تمهيد : انتشار المذهب الحنفي وأسبابه (٨) تاريخ انفراده بالقضاء في مصر (٩) ما لوحظ من العيوب في الاقتصار على العمل به (١٠) الاتجاه إلى تسطير قانون للأحوال الشخصية ، وتأليف لجنة لذلك (١٠) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وخلاصة ما اشتمل عليه (١٢) القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الخاص بسن الزواج ، وما صادفه من نقد (١٣) تأليف لجنة في سنة ١٩٢٦ لوضع مقترحات خاصة بالأحوال الشخصية ، وخلاصة ما تقدمت به ، واقتراحها تقييد تعدد الزوجات (١٤) الاقتصار في الأخذ بمقترحاتها على ما جاء بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . تأليف لجنة الوضع قانون للأحوال الشخصية سنة ١٩٣٦ .

١٧ - الزواج

(١٧) تعريفه (١٨) حكمته (٢٢) الوصف الشرعي له ، متى يكون فرضاً ومتى يكون واجباً (٢٣) متى يكون حراماً ، ومتى يكون مكروهاً (٢٤) الزواج في حال الاعتدال والخلاف بين الحنفية والشافعية في كونه وأدلة كل فريق (٢٦) الخطبة : حقيقتها وطريقتها عند الفقهاء (٢٨) شروطها ومن يجوز خطبتها ، ومن لا تجوز (٣٣) إجراءات الخطبة في قانون لبنان (٣٤) إجراءات الخطبة في قانون سوريا (٣٥) جواز العدول عن الخطبة (٣٦) ما يترتب على العدول من ضرر واختلاف المحاكم بالنسبة للتعويض عنه ، واستقرارها على الرأي الذي يتفق مع الفقه (٣٧) رأينا في هذا (٣٧) هدايا الخطبة وحكمها عند العدول واختلاف الفقهاء والرأي المختار

القسم الأول

٤٠ - إنشاء عقد الزواج

(٤٠) ركنه وشروط الانعقاد ، والألفاظ التي ينعقد بها العقد (٤٣) عقد الزواج بغير العربية (٤٤) العقد بالإشارة والكتابة (٤٥) شكل الصيغة التي ينعقد بها العقد . (٤٦) تأييد الزواج وبطلان العقد المؤقت ، المتعة والزواج المؤقت بزمان (٤٨) خلاف زفر بطلان النكاح (٤٩) تولى عاقد صيغة العقد من الجانبين (٥١) شروط الزواج (٥٢) شروط الصحة ، الشهود (٥٣) خلاف مالك في شروط الشهود (٥٤) شروط الشاهدين (٥٥) الخلاف في شرط العدالة (٥٦) جواز شهادة الفروع للأصول والعكس في إنشاء الزواج (٥٧) عقد الزواج شكلي (٥٧) محلية المرأة (٥٨) شروط النفاذ (٥٩) شروط اللزوم (٦٢) الخيارات لا تدخل عقد الزواج .

٦٣ - المحرمات

(٦٣) المحرمات على التأييد بسبب القرابة (٦٤) أدلة تحريمهن (٦٥) حكمة تحريمهن (٦٧) المحرمات على التأييد بسبب المصاهرة وأدلة تحريمهن (٧٣) حكمة تحريمهن (٧٤) المحرمات بسبب الرضاع وأدلة تحريمهن (٧٧) صور يفترق فيها النسب عن الرضاع (٧٨) التحريم بالرضاع من جانب الرجل والاختلاف فيه ، (٨١) مقدار الرضاعة المحرمة والاختلاف فيها (٨٢) وقت الرضاعة (٨٣) حكمة التحريم بالرضاعة (٨٤) المحرمات تحريماً مؤقتاً ، الجمع بين محرمين ، أدلة التحريم وحكمته الجمع بين محرمين في عقد واحد (٨٧) المطلقة ثلاثاً حتى تزوج زوجاً غيره (٨٨) زواج خامسة وفي عصمتها أربع (٩٠) العدد الذي يبيحه القرآن من الزوجات ، قول الشيعة في ذلك ، قول أهل الظاهر (٩١) القيود التي قيد بها التعدد (٩٢) هذه القيود دينية لا قضائية ، وصحة العقد مع تخلف شروط التعدد وسبب ذلك (٩٣) حكمة التعدد (٩٤) رغبة بعض المصلحين في جعل القيود قضائية واتجاه الحكومة إلى ذلك في بعض الأوقات (٩٥) نفي ذلك.

(٩٦) زواج الأمة وعنده حرة (٩٦) زوجة الغير ومعدته (٩٨) الملاعنة حتى يكذب نفسه (١٠١) تحريم من لاتدين بدين سماوى (١٠٢) حل زواج المسلم بالكتابية (١٠٢) حكمة التفريق بين الكتابية والوثنية (١٠٣) اتفاق جمهور الفقهاء على عدم صحة زواج المسلمة بغير المسلم (١٠٤) ما يجب توافره ليعتبر الشخص مسلما (١٠٥) إجراءات زواج المسلم بالكتابية .

١٠٧ - الولاية فى الزواج

(١٠٧) الولاية القاصرة والولاية المعتدية (١٠٧) الولاية فى الزواج وأقسامها (١٠٨) ولاية الإيجار ، رأى بعض الفقهاء أنه لا تثبت على الصغيرة ولاية زواج قط (١٠٩) استثناس قانون سن الزواج بهذا رأى (١١٠) العلة فى ولاية الإيجار (١١١) من له ولاية الإيجار (١١٢) ترتيب درجات الأولياء على النفس (١١٣) إذا اجتمع وليان (١١٦) غياب الولى الأقرب (١١٧) امتناع الولى الأقرب من غير سبب شرعى (١١٨) الوصاية فى الزواج (١١٨) قوة ولاية الإيجار ومراتبها ، ولاية الأب والجد الحسنى الرأى والسببى الرأى (١٢٠) ولاية غيرهما (١٢١) ثبوت خيار البلوغ والإفاقة وشرط الفسخ بهما (١٢٤) زواج الصغار والمجانين فى القوانين المصرية ، والأساس الذى بنى عليه منع سماع الدعوى فى زواج الصغار (١٢٧) ولاية الاختيار (١٢٨) مخالفة أبى حنيفة جمهور الفقهاء ، وإباحته للمرأة أن تنفرد بعقد زواجها ، وأدلة الجمهور فى تقييدها بموافقة الولى العاصب (١٣٠) أبو حنيفة يقيدها بالكفاءة ومهر المثل

١٣١ - الوكالة فى الزواج

(١٣٢) الوكالة المطلقة والمقيدة (١٣٣) رأى صاحبين فى حال الطلاق إذا كان الرجل هو الموكل واختلافهما عن أبى حنيفة (١٣٥) التزويج ممن لا تقبل شهادتهم له

١٣٦ - الكفاءة

(١٣٦) تعريفها (١٣٧) الكفاءة في النسب (١٣٨) الكفاءة في الإسلام (١٣٩) الحرية، المال (١٤٠) الديانة، الحرفة (١٤١) أقوال الأئمة في الكفاءة (١٤٢) الجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة (١٤٣) وقت اعتبار الكفاءة (١٤٤) من له الكفاءة (١٤٥) فروع تطبيقه تبين له حق الاعتراض عند تخلف شرط الكفاءة .

القسم الثاني

١٤٧ - حكم عقد الزواج

(١٤٨) أحكام العقد غير الصحيح (١٤٩) لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، الأثر في العقد غير الصحيح للدخول بالشبهة ، ولا حكم لذات العقد أصلا (١٥٠) أقسام الشبهة : شبهة الملك ، شبهة الاشتباه (١٥١) شبهة العقد (١٥٢) أثر هذه الشبهة في الدخول في العقد غير الصحيح (١٥٣) حكم العقد الموقوف ، إذا حصل دخول مع عدم الإجازة (١٥٤) حكم العقد الصحيح غير اللازم .

١٥٦ - آثار العقد الصحيح

(١٥٦) آثار العقد الصحيح من عمل الشارع لا من عمل العاقد (١٥٧) الشروط المقرنة بالعقد وآثاره (١٥٨) الاختلاف بين الخطابة وجمهور الفقهاء في مدى تصحيح الشروط ، توسعة الخطابة فيها . وأدلة الجمهور (١٥٩) واقتراح الأخذ بمذهب ابن حنبل في مشروع سنة ١٩٢٦ (١٦١) رأينا أن يبقى الأمر على ما هو عليه في هذا المقام إذا تم الدخول (١٦٣) حقوق الزوجين (١٦٤) حق الزوج على زوجته (١٦٥) من عليه خدمة البيت منهما (١٦٧) حق الزوجة على زوجها ، العدل

١٦٩ - المهر

(١٦٩) وجوبه (١٧٠) وجوبه على أنه حكم للعقد لا شرط لصحته (١٧١) من له حق فيه (١٧٢) الحلد الأدنى للمهر (١٧٣) ليس له حد أعلى ،

جواز تأجيله (١٧٥) المهر الواجب ، وجوب المسمى ، وشروط التسمية وأحوالها (١٧٧) تسمية المنافع منفردة أو مع المال (١٧٩) اقتران التسمية باشتراط منفعة للزوج ، التردد في التسمية (١٨١) وجوب عشرة دراهم (١٨١) وجوب مهر المثل (١٨٢) نكاح الشغار (١٨٣) تقدير مهر المثل (١٨٤) وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل في العقد الفاسد (١٨٥) الزيادة والنقص بعد وجوب المهر ، وشروطهما (١٨٦) زيادة الولي في المهر والخط منه (١٨٧) ما يؤكد المهر (١٩٠) الخلوة الصحيحة (١٩٢) ما تفرق فيه الخلوة عن الدخول (١٩٤) سقوط نصف المهر (١٩٥) المهر الذي ينصف بالطلاق قبل الدخول (١٩٦) وقت عودة النصف إلى ملك الزوج (١٩٨) إذا حصل إبراء من المهر أو بعضه ، ثم كان طلاق قبل الدخول ، واختلاف الأئمة في حكم هذه الحال (٢٠١) المتعة ، متى تجب ، وكيف تقدر (٢٠٢) أحوال المتعة وحكمها في كل حال (٢٠٣) أنواع الفرقة التي توجب المتعة ونصف المهر (٢٠٤) سقوط المهر ، الأحوال التي يكون فيها (٢٠٦) ملكية المهر ، وقبضه ، ونماؤه ونقصه (٢٠٧) من له حق القبض (٢٠٨) المطالبة بالمعجل وحق الطاعة (٢١٠) زيادة المهر مع تأكده (٢١١) نقصه مع تأكده (٢١٣) زيادته مع سقوطه أو بعضه (٢١٤) ضمان المهر (٢١٥) الكفالة في مرض الموت (٢١٦) ضمان الأب مهر ابنه من غير كفالة (٢١٨) قضايا المهر ، القواعد التي تبنى عليها (٢١٩) اختلاف الزوجين في القبض (٢٢٠) اختلافهما في أصل التسمية (٢٢٢) اختلافهما في مقدار المسمى (٢٢٣) الاختلاف في وصف المقبوض ، أهو مهر أم هدية (٢٢٤) مهر السر ومهر العلن .

٢٢٦ - متاع البيت

(٢٢٦) من يجب عليه الجهاز وإعداد البيت (٢٢٧) إذا جهزت المرأة فالجهاز ملكها (٢٢٨) شراء الأب الجهاز لابنته ، ومتى يدخل في ملكها . (٢٢٩) الاختلاف في متاع البيت بين الأب وابنته (٢٣٠) الاختلاف فيه بين الزوجين .

٢٣١ - النفقة

(٢٣١) وجوب نفقة الزوجة على زوجها ودليله (٢٣٢) سبب الوجوب (٢٣٣) نفقة الزوجة المريضة (٢٣٤) نفقة الصغيرة (٢٣٥) نفقة الممتنعة عن الانتقال إلى بيت الزوجية بحق لها (٢٣٦) السفر بالزوجة (٢٣٧) الناشزة (٢٣٨) المحبوسة والمحترقة (٢٣٩) المسافرة للحج (٢٤٠) تقدير النفقة ، نفقة التمكن ونفقة التملك (٢٤١) أساس التقدير (٢٤٢) أوقات التقدير (٢٤٣) المسكن الشرعى (٢٤٤) قضايا النفقة وفرض نفقة على المعمر (٢٤٥) الامتناع عن النفقة (٢٤٦) الامتناع مع القدرة بغير الحبس ، مدة الحبس (٢٤٧) القضاء على الغائب في النفقة (٢٥٠) دين النفقة ومتى يثبت ، مذهب أبي حنيفة والمعمول به ، والأصل الفقهي لكل منهما ، قوة دين النفقة (٢٥١) الموارنة بين مذهب أبي حنيفة والمعمول به ، وبيان أيهما أصلح (٢٥٣) أخذ كفيل بالنفقة المفروضة وغير المفروضة (٢٥٤) إيجاب الزوج على تقديم كفيل (٢٥٦) المقاصة في دين النفقة .

٢٥٨ - نكاح الدمين

(٢٥٨) أنكحهم الفاسدة في نظر الإسلام ، وأسباب الفساد ، إذا كان الفساد بسبب فقد شرط من شروط الإنشاء (٢٥٨) إذا كان سبب الفساد فقد شرط من شروط البقاء (٢٦٠) التعرض لهم عند الترافع فقط (٢٦١) إذا رافع أحدهما (٢٦٢) الجارى عليه العمل في مصر (٢٦٣) طلاق غير المسلم (٢٦٤) الطوائف التي لا تجيز الطلاق ، والطوائف التي تجيزه وبيان الأسباب عن من يجيزه (٢٦٧) لإسلام الزوجين أو أحدهما ، وحكم الزواج بعد الإسلام إذا أسلما معاً (٢٦٩) إذا أسلمت الزوجة وحدها (٢٧٠) إذا أسمى الزوج وحده .

٢٧١ - إثبات الزواج

(٢٧١) طرق الإثبات في الفقه الحنفي (٢٧٢) ما نجاء باللائحة الشرعية من طرق إثبات الزواج (٢٧٢) اللوائح التي وردت في ذلك وتدرجها (٢٧٣) عدم سماع الدعوى عند الإنكار إلا بوثيقة (٢٧٥) دعوى الزواج ، إذا كانت في ضمن دعوى نسب .

القسم الثالث

٢٧٧ - إنهاء الزواج

(٢٧٧) الفرق بين الفسخ والطلاق ، وأقسام الفسخ ، والفسخ الذي يعد كتنقض للعقد ، والذي لا يعد نقضاً (٢٧٩) الطلاق ، تعريفه ، حكمة مشروعيته ومن يملكه (٢٨٠) متى يكون بيد القاضى ، حق القاضى فى الخلع ، وإن لم يرض به الزوج فى مذهب مالك (٢٨٢) الأصل فى الطلاق الإباحة أو المنع (٢٨٣) تعرض المحاكم الوطنية لذلك البحث (٢٨٤) طلاق السنة وطلاق البدعة (٢٨٥) بيان قول من يرى أن طلاق البدعة لا يقع (٢٨٦) شروط الزوج الذى يملك الطلاق (٢٨٦) طلاق الهازل والسكران وما عليه العمل الآن (٢٨٧) طلاق السفه (٢٨٨) من يملك الطلاق أو يوكل فيه (٢٩٢) من يقع عليها الطلاق (٢٩٤) الألفاظ التى يقع بها الطلاق (٢٩٥) الطلاق بالكتابة والإشارة (٢٩٦) صيغة الطلاق (٢٩٨) الطلاق المعلق وشروط وقوعه ، التعليق على الزواج (٢٩٩) مشابهة التعلق لليمين ، وكثرة الحلف به ، وما أدى إليه ذلك من فساد (٣٠١) علاج ذلك فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وخلاصته فى هذا ومصدره (٣٠٣) عدد الطلقات والدليل عليه (٣٠٤) الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ، الأقوال فيه ، المعمول به (٣٠٤) الطلاق المتتابع واعتباره من الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث إذا كان فى مجلس واحد (٣٠٩) الطلاق الرجعى والبائن (٣١٠) الطلاق فى القانون وفى المذهب الحنفى ومصدر القانون (٣١١) الطلاق فى حال الخلوة الصحيحة والإيلاء وحكم القانون فىهما (٣١٢) الطلاق الرجعى وحكمه (٣١٣) الرجعة (٣١٤) الرجعة لا تصح لا منجزة (٣١٥) الاختلاف بين الزوجين فى وقوع الرجعة (٣١٥) حكم الطلاق البائن (٣١٦) أقسام الطلاق البائن (٣١٧) البائن بينونة كبرى (٣١٨) مسألة الهدم (٣١٩) طلاق المريض مرض الموت ، ومتى يعتبر فاراً (٣٢١) الحكم إذا جاءت الفرقة فى مرض موتها من جانبها (٣٢٣) التفويض . الفرق بينه وبين التوكيل (٣٢٤) الوضع الفقهي للتفويض (٣٢٥) ألفاظ التفويض . التفويض قبل الزواج وعند إنشائه (٣٢٧) الأصل الشرعى فى التفويض .

- ٥١٠ -

٣٢٩ - الخلع

(٣٢٩) تعريفه ، الوضع الفقهي له (٣٣١) الفرق بين الخلع والطلاق على مال (٣٣٢) بدل الخلع (٣٣٣) كل ما يصلح مهرأ يصلح بدل خلع ولا عكس (٣٣٤) حكم الخلع (٣٣٥) إسقاط الحقوق المالية السابقة بالخلع واختلاف الأئمة في هذا (٣٣٦) خلع المحجور عليهن (٣٣٨) خلع المريضة مرض الموت (٣٣٩) المعنى الفقهي للخلع ومذهب مالك فيه .

٣٤٠ - الظهار

(٣٤٠) تعريفه (٣٤١) كفارته .

٣٤٢ - الطلاق بحكم الشرع والقانون

(٣٤٢) الإيلاء . تعريفه (٣٤٣) الطلاق به والىء وكيف يكون (٣٤٣) الطلاق بالإيلاء عند الحنفية وبعد قانون سنة ١٩٢٩ (٣٤٤) اللعان (٣٤٥) أثره (٣٤٦) متى تحمل الملاعة للملاعن .

٣٤٧ - الطلاق بحكم القاضي

(٣٤٧) التفريق لعدم الإنفاق ، خلاصة ما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (٣٤٨) الأصل الفقهي له ، وأدلة الفقهاء المختلفين في ذلك (٣٤٩) اختلاف الأئمة الذين قرروا التفريق لعدم الإنفاق (٣٥٠) القانون أخذ هذا من مذهب مالك (٤٥٢) الأولى العودة إلى مذهب أبي حنيفة في هذا (٣٥٥) التفريق للغيب ، خلاصة ما جاء بالقانون بالنسبة له ، وما جاء في المذهب الحنفي (٣٥٧) فقه الموضوع واختلاف الفقهاء بشأنه (٣٥٩) ما جاء به القانون متفق مع مذهب مالك ، وهو المصدر التاريخي له (٣٦٠) التفريق للضرر ، أقسامه : (٣٦١) خلاصة ما جاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاصا بالتفريق للإيذاء (٣٦٤) المصدر الفقهي له هو مذهب مالك وهو الأصل الفقهي له (٣٦٥) النقص في القانون عن مذهب مالك ونقد ذلك (٣٦٦) التفريق للضرر بالغياب (٣٦٧) المصدر الفقهي له (٣٦٩) التفريق للغيب وخلاصة القانون فيه ومصدره .

٣٦٨ - إثبات الطلاق

(٣٦٨) الجمهور على أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إلهاد ، ومخالفة الشيعة (٣٦٩) لإثبات الطلاق يكون بكل طرق الإثبات في حياة الزوجين ، وبعد وفاتهما يقيد الإثبات بأحكام اللائحة ، وبيانها (٣٧١) مناقشة الحكم الذي يجيز الحكم بالطلاق أو التي تؤدي إلى حكم بالطلاق بشهادة واحد ، لا بشهادة اثنين وبيان بطلانه .

٣٧٢ - العدة

(٣٧٢) تعريفها : وسبب مشروعيتها (٣٧٣) العدة في العقد الفاسد ، لعتداؤه في الفاسد والصحيح (٣٧٣) أنواع العدة (٣٧٤) العدة بوضع الحمل (٣٧٥) العدة بالاقراء ، والعدة بالأشهر القائمة مقامها (٣٧٦) عدة الوفاء (٣٧٧) تحول العدة من تقدير إلى تقدير (٣٧٧) ممتدة الطهر وحكمها في مذهب أبي حنيفة ، وما يؤدي إليه (٣٧٩) علاج الأمر بمذهب مالك ، ثم علاجه بمنع سماع الدعوى وبيان ذلك (٣٨١) الطريق لمعرفة انقضاء العدة (٣٨٢) الأحكام التي تثبت في مدة العدة (٣٨٣) حلها للمطلق وزواجه منها ثم طلاقها قبل الدخول وما يجب من مهر وعدة (٣٨٤) نفقة المتعدة .

القسم الرابع

حقوق الأولاد

٣٨٦ - ثبوت النسب

(٣٨٦) القواعد التي تبني عليها أحكام ثبوت النسب (٣٨٧) أقصى مدة الحمل (٣٨٨) ثبوت النسب في النكاح الفاسد (٣٨٩) الزاني لا يثبت نسباً (٣٩١) ثبوت النسب حال قيام الزوجية الصحيحة (٣٩٢) ثبوت النسب حال قيام العدة وبيان الفرق بين ما جاء به القانون ، ومذهب أبي حنيفة والأصل الفقهي للقانون (٣٩٥) إثبات الولادة أو المولود عند الاختلاف فيهما (٣٩٦) ثبوت النسب بالدعوى (٣٩٧) الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير (٣٩٨) الإقرار بالأبوة (٣٩٨) إقرار النسب في مرض الموت (٣٩٩) مذهب

- ٥١٢ -

الإمام مالك في الإقرار بالبنوة ، ووجوب الأخذ به (٤٠٠) الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير (٤٠٠) دعاوى النسب (٤٠١) اللقيط .

٤٠٢ - الرضاعة

(٤٠٢) حق الطفل على أمه (٤٠٣) الحال التي لا يكون للأم أجره رضاعة (٤٠٤) متى لا تستحق الأم أجره ، المتبرعة تقدم على الأم (٤٠٥) أحكام الظئر .

٤٠٥ - الحضانة

(٤٠٦) ثبوت الحضانة للنساء ، ودليله (٤٠٧) شروط الحضانة (٤٠٨) اتحاد الدين ليس شرطاً (٤٠٩) إذا لم يكن للطفل حاضنة ، شروط الحاضن من الرجال (٤١٠) أجره الحضانة (٤١٢) الفرق بين التبرع بالحضانة ، والتبرع بالرضاعة (٤١٣) مكان الحضانة (٤١٣) من له حق الحضانة (٤١٤) انتهاء الحضانة .

٤١٥ - نفقة الأولاد والأقارب

(٤١٥) القرابة الموجبة للإنفاق (٤١٦) شروط وجوب النفقة (٤١٨) اليسار الملزم بالإنفاق (٤٢٠) ما يكفي لثبوت نفقة الولد على أبيه والأبوين على ولدهما (٤٢١) اتحاد الدين وأثره في وجوب النفقة وترتيب من تجب عليهم النفقة (٤٢٢) نفقة الأصول على فروعهم (٤٢٣) إذا كان هناك فروع وأصول موسرون ، أو حواش مع هؤلاء (٤٢٤) نفقة الفروع على أصولهم (٤٢٦) الأصول والحواشي (٤٢٧) الحواشي فقط (٤٢٧) إذا كان بعض من في قرابة واحدة معسراً (٤٢٨) تقدير النفقة وطلبها والحكم إذا كان من تجب عليه غائباً (٤٢٩) نفقة زوجة العاجز عن النفقة (٤٣٠) سقوط نفقة القريب (٤٣١) موازنة بين نفقة القريب ونفقة الزوجة (٤٣٢) الاختلاف في اليسار (٤٣٣) الفقير العاجز الذي لا قريب له تكون نفقته في بيت المال ، وعلى القاضي أن يحكم بها شرعاً ، منع وزارة العدل القضاة من نظرها بمنشور (٤٣٥) مناقشة ذلك المنشور وبيان بطلان ما بني عليه .

٤٣٧ - الحجر والولاية

(٤٣٧) الحجر منعاه شرعاً (٤٣٨) المحجور عليهم (٤٣٩) الصدمر وأقسامه والتصرفات التي تجوز من المميز (٤٤١) البلوغ ، أماراته ، البلوغ بالنسب (٤٤٢) الفرق بين البلوغ في الزواج والبلوغ في التصرفات المالية (٤٤٣) الجنون والعته ، والفرق بينهما (٤٤٥) ابتداء الحجر فهما (٤٤٧) السفه . أقسامه ، مخالفة أبي حنيفة للجمهور في الحجر عليه (٤٤٩) ابتداء الحجر عليه (٤٥٠) ذو الغفلة (٤٥١) أحكام السفه وذي الغفلة في القانون ، الوقف والوصية منهما (٤٥٣) إدارتهما أموالهما وما يجوز لهما من تصرفات في هذه الحال (٤٥٤) المدين (٤٥٥) اختلاف الفقهاء في الحجر عليه (٥٥٧) ذوو العاهات وأحكامها في القانون .

٤٥٩ - الولاية

٤٥٩ - الولاية على النفس

(٤٥٩) عمل الولي على النفس (٤٦٠) متى تبتدىء الولاية على النفس ومتى تنهى (٤٦١) شروط الولي على النفس ، سقوط ولاية الأب أو الجد إذا كان غير أمين أو سفها (٤٦٢) الحكم إذا كان العاصب فاسد الأخلاق (٤٦٣) الولي على النفس وزوجب عزله وجواز عزله أو وقفه في القانون .

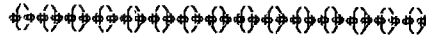
٤٦٤ - الولاية على المال

(٤٦٤) من تكون له الولاية على السفه وذي الغفلة (٤٦٥) من له الولاية على الصغير ، واختلاف الأئمة فيها (٤٦٦) الولاية على المجنون والمعتوه (٤٦٨) ولاية الأب وتصرفاته ، أقسام الآباء . الأب غير الأمين المبلر (٤٦٩) أحكام الأب الأمين حسن الرأي ، ما يجوز منه من التصرفات ومالا يجوز (٤٧٠) نقض القاضي بعض تصرفاته . إجارته (٤٧١) هبته بعوض والخلاف فيها (٤٧٢) العقود بينه وبين القاصر ، وتولية العقد من الجنين ، وإقامة القاضي من يتسلم منه في هذه الحال (٤٧٣) الأب الأمين سيء الرأي ، الحد من تصرفاته (٤٧٤) تصرفات الأب في القانون ، مراتب ولاية الآباء

والأجداد في هذا القانون ، إطلاقها ، حدها ، الولاية وسلبها (٤٧٥) وقف الولاية ومسوغاته (٤٧٦) إدارة أموال القاصر في مدة الوقف (٤٧٧) المعاملة بين الولي والقاصر ، تخصيص الولاية في بعض الأحوال (٤٧٩) ولاية الجدة قوتها ومرتبها في الشريعة وفي القانون (٤٨٠) الوصي المختار ، عقد الإيصاء وكيف يتكون ، وحكمه (٤٨٢) الإيصاء ، وشروط الوصي (٤٨٣) ذكر القانون لوصي الأب ، وعدم ذكر وصي الجدة ، تصرفات الوصي المختار والفرق بينها وبين تصرفات الأب (٤٨٤) بيعه العقار (٤٨٥) الوصي الإصل فيه الأمانة (٤٨٦) أجره الوصي في الشريعة (٤٨٧) أحكام الوصي المختار في القانون (٤٨٨) الوصي على الحمل المستكن (٤٨٩) تصرفات الوصي المختار في القانون (٤٩٠) التصرفات التي لا بد لها من الإذن (٤٩١) محاسبة الوصي والعقوبات المقررة (٤٩٣) انتهاء الوصاية (٤٩٥) أجره الوصي في القانون (٤٩٧) المفقود ، متى يحكم بموته ، اختلاف الفقهاء في ذلك (٤٩٨) المعمول به (٥٠٠) قوة الحكم بموته بالنسبة للماضي (٥٠١) المفقود في قانون محاكم الأحوال الشخصية .

(٥٠٣) بيان ما يشتمل عليه الكتاب .

مؤلفات الإمام محمد أبو زهرة



- خاتم النبیین — ثلاثة أجزاء — فى مجلدين
- المعجزة الكبرى (القرآن)
- تاريخ المذاهب الإسلامية — جزآن فى مجلد واحد
- الأحوال الشخصية
- الجريمة فى الفقه الإسلامى
- العقوبة فى الفقه الإسلامى
- أصول الفقه
- أحكام التركات والموارث
- أبو حنيفة حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- مالك حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- الشافعى حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- ابن حنبل حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- ابن تيمية حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- الإمام زيد حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- الإمام الصادق حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- ابن حزم حياته — عصره — آراؤه — فقهه
- الوحدة الإسلامية
- الخطابة
- تاريخ الجدل
- الملكية ونظرية العقد
- شرح قانون الوصة
- محاضرات فى الوقف
- محاضرات فى عقد الزواج وآثاره

- ٥١٦ -

- محاضرات فى النصرانية
- مقارنة الأديان
- الدعوة إلى الإسلام
- تنظيم الإسلام للمجتمع
- فى المجتمع الإسلامى
- تنظيم الأسرة وتنظيم النسل
- الولاية على النفس
- العلاقات الدولية فى ظل الإسلام
- التكافل الاجتماعى فى الإسلام
- الميراث عند الجعفرية
- المجتمع الإسلامى فى ظل الإسلام
- العقيدة الإسلامية
- بحوث فى الربا

★ ★ ★

تطلب جميعها من ملتزم طبعها ونشرها
وتوزيعها

دار الفكر العربى

١١ شارع جواد حبنى بالقاهرة

ص ب ١٣٠ ت ٣٩٢٥٥٢٣ ، ٣٩٢٠٩٥٦

فروع البيع :

(١) ١٦ شارع جواد حبنى ت : ٣٩٣٠١٦٧

(٢) ٢٧ شارع عبد العظيم راشد متفرع من ش نوال بالدقى ت : ٧١٧٤٩٨

(٣) ٩٤ شارع عباس العقاد - المنطقة السادسة - مدينة نصر ت : ٢٦١٩.٤٩

